

Medidas cautelares en el proceso arbitral

Marcela Rodríguez Mejía

Medidas cautelares en el proceso arbitral

Universidad Externado de Colombia

RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela

Medidas cautelares en el proceso arbitral / Marcela Rodríguez Mejía. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

482 p.; 21 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 978958772027 3

1. Procedimiento civil 2. Medidas cautelares 3. Terceros (Derecho) 4. Arbitraje y laudo I. Universidad Externado de Colombia II. Título

345.72

SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca
Agosto de 2013

Este libro se hizo en el marco del Proyecto de investigación SEJ2007-64594 del Ministerio de Ciencia e Innovación de España titulado “Hacia una cultura de las ADRs: de la mediación al arbitraje” dirigido por la Dra. Silvia Barona Vilar. La autora fue beneficiaria de la ayuda BES-2008-002651 otorgada por el Ministerio para realizar este trabajo, el cual le mereció el título de Doctora por la Universitat de València.

ISBN 978-958-772-027-3

© 2013, MARCELA RODRÍGUEZ MEJÍA

© 2013, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2013

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Karina Betancur Olmos

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

A mis papás

CONTENIDO

ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO PRIMERO	
CUESTIONES PRELIMINARES	31
I. Arbitraje	31
1. Noción	31
2. Evolución normativa	34
3. Naturaleza jurídica	39
3.1. Concepción contractual	40
3.2. Concepción jurisdiccional	41
3.3. Concepción mixta	42
3.4. El arbitraje es el arbitraje	43
4. Características	44
4.1. Libertad	44
4.2. Celeridad	45
4.3. Económico	46
4.4. Confidencialidad	47
II. Medidas cautelares	49
1. La tutela y función cautelar: su incardinación procesal	49
2. La gestación del proceso cautelar	54
3. Lo que es y lo que no es una medida cautelar	56
3.1. Las órdenes preliminares	60
4. Características	63
4.1. Instrumentalidad	64
4.2. Temporalidad	66
4.3. Provisionalidad	67
4.4. Variabilidad	69
4.5. Proporcionalidad	70
5. Presupuestos	73
5.1. <i>Fumus Boni Iuris</i>	75
5.2. <i>Periculum in mora</i>	77

5.3. Caución	83
III. Principios procesales	85
1. Principio de igualdad	89
2. Principios de audiencia y contradicción	90

CAPÍTULO SEGUNDO

SUJETOS Y PROCEDIMIENTO PARA ADOPTAR

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL	95
---	----

I. Sujetos	95
1. Los árbitros y los jueces: sujetos competentes para adoptar medidas cautelares	95
2. El árbitro como órgano suficiente o insuficiente para adoptar medidas cautelares	106
3. Jueces competentes para adoptar medidas cautelares	118
3.1. Presupuesto legal	118
3.2. Competencia objetiva	119
3.3. Competencia funcional	122
3.4. Competencia territorial	123
3.5. Cuestiones de competencia y prejudicialidad	126
3.6. Posible criterio de delimitación de la intervención judicial: la intensidad de la afectación de los derechos de quien soporta la medida cautelar	127
4. La duplicidad de solicitudes (juez-árbitro)	131
4.1. Lo indebido de las pretensiones cautelares	133
4.2. Posibles actuaciones arbitrales ante el conocimiento de la duplicidad de solicitudes	135
4.3. Posibles actuaciones de parte ante el conocimiento de la duplicidad de solicitudes	138
5. Las partes	139
II. Procedimiento	141
1. Aspectos relativos al procedimiento arbitral y judicial	142
1.1. Solicitud de parte	142
1.2. Oportunidad de solicitar medidas cautelares	146
1.2.1. <i>Ante causam</i>	147
1.2.2. Durante el proceso principal	155
2. Acerca del procedimiento que deben seguir los árbitros para adoptar las medidas cautelares	159
2.1. El deber ser: la libertad de las partes	159
2.2. En un arbitraje institucional	162
2.3. En un arbitraje <i>ad hoc</i>	164
3. Sobre el procedimiento que deben seguir los jueces para adoptarlas	167

3.1. Punto de partida: la ausencia de norma especial	168
3.2. El escrito de solicitud de medidas cautelares	169
3.3. La comunicación entre el juez y el árbitro	172
3.4. La vista para la audiencia de partes	174
3.4.1. Importancia y excepciones de la vista para la audiencia de partes	175
3.4.2. Los sujetos que en la audiencia deben ser escuchados por el juez	179
 CAPÍTULO TERCERO	
LA DECISIÓN CAUTELAR	181
I. Sobre las resoluciones arbitrales	181
1. Configuración legal	182
2. El soporte del laudo cautelar	186
3. El contenido del laudo cautelar	190
4. Momento de adopción de la decisión arbitral	196
5. Notificación del laudo cautelar	198
6. El carácter irrecurrible de los laudos cautelares	202
II. Acerca de los autos cautelares	206
1. Contenido del auto cautelar	207
2. Momento de adopción del auto cautelar	208
3. Notificación del auto cautelar	209
4. Recursos contra el auto cautelar	212
III. Acerca de la posibilidad que tiene el demandante cautelar de acudir ante el juez y el árbitro para presentar la solicitud de medida cautelar que previamente ha sido denegada por una decisión judicial o arbitral	215
IV. Modificación de las medidas cautelares	220
1. Autoridad competente	221
2. Solicitud de parte	223
3. Procedimiento	225
3.1. A cargo de la jurisdicción	225
3.2. A cargo del Tribunal arbitral	227
4. Decisión de modificación	228
V. Alzamiento de medidas cautelares	230
1. Autoridad competente	231
2. Motivos para alzar las medidas cautelares	231
2.1. Terminación del proceso	232
2.2. Cuando al ser medidas <i>ante causam</i> , no se inicie el procedimiento	235
2.3. Cuando se anula el laudo cautelar o prospera la oposición o el recurso contra el auto respectivo	237
2.4. Renuncia a la medida cautelar	238

2.5. Suspensión del procedimiento arbitral	239
3. ¿Solicitud de parte o actuación de oficio?	241
4. Procedimiento	244
4.1. A cargo de la jurisdicción	245
4.2. A cargo de los árbitros	245
CAPÍTULO CUARTO	
ANULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ARBITRAL CAUTELAR	247
I. Noción	248
II. Configuración legal	254
III. Sujetos en el proceso de anulación	254
1. Juez competente	255
2. Personas legitimadas para ser sujetos activos	257
3. Personas legitimadas para ser sujetos pasivos	260
IV. Ejercicio de la acción de anulación	261
1. La legalidad o ilegalidad del acuerdo de renuncia a la interposición de la acción de anulación	261
2. Renuncia tácita a la acción de anulación	265
V. Aplicación de los motivos de anulación del laudo a las decisiones cautelares	267
1. Acerca del primer motivo de anulación: que el convenio arbitral no existe o no es válido	268
1.1. Inexistencia de acuerdo cautelar	270
1.2. Invalidez del acuerdo cautelar	273
1.3. Consecuencia directa de la transposición	274
2. Acerca del segundo motivo de anulación: que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos	276
2.1. Como motivo para intentar la anulación de la decisión cautelar	278
3. Acerca del tercer motivo de anulación: que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión	281
3.1. Como motivo para intentar la anulación de la decisión cautelar	281
4. Acerca del cuarto motivo de anulación: que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley	285

4.1. Cuando el procedimiento cautelar seguido por los árbitros es distinto al acordado por las partes	288
4.2. Cuando el procedimiento cautelar seguido por los árbitros no se ajusta a la Ley	292
4.3. Su especialidad e independencia	293
5. Acerca del quinto motivo de anulación: que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje	294
5.1. Su aplicación a las decisiones cautelares	295
6. Acerca del sexto motivo de anulación: que el laudo es contrario al orden público	297
6.1. Significado de orden público	298
6.2. Eventos en los cuales una decisión cautelar es contraria al orden público procesal	301
6.3. Eventos en los cuales una decisión cautelar es contraria al orden público material	304
6.4. Su independencia de los demás motivos	307
VI. Procedimiento	309
1. Demanda de anulación	310
1.1. Plazo para interponer la demanda de anulación	311
1.2. Inadmisión de la demanda	313
2. Contestación de la demanda de anulación	317
2.1. Forma de la contestación	317
2.2. Contenido de la contestación	318
2.3. Término para contestar	320
2.4. Traslado de la contestación	322
3. La vista	324
3.1. Contenido de la citación a la vista	326
4. La sentencia	327
4.1. Efectos de las sentencias	327
4.2. Consecuencias de las sentencias	328
4.3. Un caso puntual, cuando los árbitros resuelven cuestiones no sometidas a su decisión	332
5. Valoración de la remisión al juicio verbal	334
VII. Justificación de la anulación del laudo cautelar	338
CAPÍTULO QUINTO	
EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR	345
I. La potestas como elemento configurador	347
II. Régimen legal	356
III. Ejecución laudo cautelar	358
1. Juez competente	358

1.1. Control de oficio de la competencia objetiva y territorial	361
1.2. Declinatoria	365
1.3. La antigua competencia de los Jueces Mercantiles	367
1.4. Postulación	368
2. Título ejecutivo: laudo cautelar	372
2.1. La particular situación de los laudos cautelares declarativos y constitutivos	376
3. Demanda ejecutiva	379
3.1. Requisitos	380
3.2. Oportunidad de presentación de la demanda ejecutiva	385
4. Despacho de ejecución	387
4.1. Previo examen de oficio de la competencia territorial	387
4.2. Plazo de espera	388
4.3. Orden general de ejecución o mandamiento ejecutivo	392
4.3.1. Verificación de los requisitos y presupuestos procesales	394
4.3.2. Verificación formal del título ejecutivo: laudo cautelar	398
4.3.3. Verificación de los actos de ejecución que se solicitan	403
4.3.4. Creación jurisprudencial: verificación de la imparcialidad de los árbitros	407
4.4. Decreto de ejecución y notificación del mandamiento ejecutivo	409
5. Oposición a la ejecución	410
5.1. Motivos para oponerse	412
6. Suspensión de la ejecución	418
6.1. Procedimiento de la suspensión	419
6.2. Alzamiento de la suspensión	424
6.3. Alzamiento de la ejecución	426
IV. Ejecución del auto cautelar	427
1. Normativa a aplicar	428
2. Juez competente	429
3. Ejecución de oficio	430
4. Un caso puntual: la ejecución de autos cautelares extranjeros	431

ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores Varios
AAA	American Arbitration Association
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADR	Alternative Dispute Resolution
AP	Audiencia Provincial
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
B. D.	Base de datos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CGP	Código General del Proceso

CIADI	Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a inversiones
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
coord.	Coordinador
CP	Constitución Política de Colombia
CPC	Código de Procedimiento Civil
dir.	Director
dirs.	Directores
ed.	Editor
eds.	Editores
LCIA	Corte de Arbitraje Internacional de Londres
LEC 1/2000	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000
LEC de 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
Ley Concursal	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
Ley Modelo	Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional sobre Arbitraje Internacional
Ley 13/2009	Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LO 5/2011	Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial
n.º	Número
ob. cit.	Obra citada
Proyecto de Ley	Proyecto de Ley 18/2011 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SMLMV	Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	Volumen

PRÓLOGO

Presentar esta obra me resulta tremendamente grato. Por un lado, porque el tema de las medidas cautelares en el arbitraje es una de las líneas de investigación que me han preocupado en estos últimos años, tanto desde un punto de vista doctrinal como en la práctica arbitral; y, por otro, porque la autora de esta obra guarda conmigo una estrecha relación personal, fruto de los cuatro años que hemos colaborado y trabajado conjuntamente en la Universitat de València.

Para comenzar por el objeto de esta obra, quisiera iniciar la presentación con una reflexión general. Las medidas cautelares en el proceso arbitral abren un sinfín de cuestiones, lo cual no resulta de aplicar el régimen jurídico de la tutela cautelar judicial al arbitraje, sino precisamente de la necesidad de configurar un sistema cautelar arbitral que, desde las máximas y principios esenciales de la tutela cautelar procesal, ofrezcan, en un modelo con personalidad propia, respuestas a los múltiples y heterogéneos interrogantes que se suscitan. No en vano combinar “arbitraje” y “medidas cautelares” ya arroja un punto de partida palmario: dos nociones que nacen y se impulsan con vocación de efectividad, que se imbrican precisamente para consagrar la garantía de la garantía, de favorecer que la vía heterocompositiva arbitral otorgue a quienes acuden, y especialmente a quienes se ven favorecidos por el laudo arbitral, la eficiencia del modelo arbitral en su conjunto, no solo en cuanto a la declaración, sino también como garantía de la ejecución del laudo arbitral en sus propios términos.

Su estudio comporta dos componentes interesantes que, como apunté en alguna ocasión, evocan modernidad. Por un lado el arbitraje, institución históricamente reconocida en los sistemas jurídicos, que ha apostado en los últimos tiempos por resurgir desde una concepción realista enmarcada en la era de la globalización, que responde a las coordenadas históricas, sociales, políticas, económicas y jurídicas en las que la mayor parte de los países se encuentra. Por otro, la tutela cautelar, convertida en las últimas décadas y especialmente con las reformas procesales a las que hacía mención, en un pilar esencial de un sistema inmerso en la búsqueda de la tutela efectiva.

Si bien es cierto que en las últimas décadas se ha arrojado una interesante evolución del régimen jurídico de las medidas cautelares en general, fruto de la necesidad de otorgar a la misma un papel decisivo en el marco de la tutela efectiva de los ciudadanos y que esta evolución se ha producido de forma manifiesta en el ámbito de la tutela judicial efectiva, lo cual ha llevado a los legisladores a incorporar una noción más amplia, más accesible y más efectiva de la tutela cautelar en la mayor parte de los códigos procesales nuevos, también es cierto que esa proyección exponencial se ha dado en sede judicial. Los arbitrajes fluían desde una suerte de consideración de que su corta duración era una apuesta en sí misma, a los efectos de considerarle como un instrumento ágil, breve y flexible, que aportaba ventajas respecto de la tramitación procesal judicial, lo que *per se* comportaba un avance. Las legislaciones nacionales sobre el arbitraje no recogían normas sobre cautelares y cuando lo hacían, como sucedía con la legislación española ya derogada, abrían varios interrogantes que no podían responderse desde la norma arbitral.

En la actualidad es imposible asumir una respuesta tuitiva real, efectiva, rápida y con garantías, sin pensar en la tutela cautelar como manifestación necesaria de esta función garante declarativa y de ejecución. Su extrapolación al mundo

del arbitraje, si bien inicialmente vinculada a la tutela judicial, de modo que en el proceso arbitral se solicitaban las medidas al juez que auxiliaba al árbitro, y no eran función arbitral, es hoy una realidad indiscutible. Un paso decisivo en este camino ha sido el Grupo de Trabajo II de UNCITRAL, de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, que, desde que se aprobase la Ley Modelo del 21 de junio de 1985, no ha cesado de elaborar propuestas de mejora de este texto *soft law*, y es precisamente uno de los elementos nucleares de estudio la materia de medidas cautelares, destacando especialmente las reformas introducidas en 2006 en la regulación de las cautelares en el artículo 17 de la Ley Modelo. Su proyección en más de cien países que se consideran partidarios de la Ley Modelo, luego de extrapolarla, con sus propias consideraciones y variables, pero en esencia la Ley Modelo ofrece una garantía de que la proyección de la tutela cautelar en el arbitraje y por los árbitros será una realidad imparable en los próximos años.

Como consecuencia de estas reflexiones generales entiendo que la elección del tema ha sido muy acertada. La autora de esta obra, la Dra. MARCELA RODRÍGUEZ, ha elaborado una monografía muy interesante que aborda con seriedad y con rigurosidad cuantas cuestiones se suscitan en el ámbito de la tutela cautelar, analizando como elementos nucleares tanto el modelo español como el colombiano, sin olvidar que las diversas estancias en centros de reconocido prestigio le han abierto la posibilidad de analizar en Suiza y en los Estados Unidos otros modelos jurídicos diversos. Esto, sin extralimitarse del objetivo final de esta obra que no es otro que ofrecer como jurista colombiana un aporte incalculable a la doctrina de su país, en un momento mágico, ahora que se acaba de aprobar la reforma de la Ley de Arbitraje, que permite repensar algunas cuestiones de gran interés para el fomento de la institución en Colombia.

No me cabe duda alguna de que la obra va a aparecer en el lugar adecuado y en el momento oportuno y de que va a ser la mejor de las cartas de presentación que MARCELA posee en este momento para su incorporación al mundo profesional del Derecho colombiano. Su estancia en la Universitat de València, tras obtener en un concurso público abierto del Ministerio de Educación y Ciencia español una beca para poder cursar sus estudios de doctorado en mi Universidad, la Universitat de València, y trabajar estos cuatro años bajo mi tutela, me dan argumentos suficientes como para presentar a esta jurista, joven promesa del derecho colombiano que, dejando familia, cultura, amigos y país, se vino a España a continuar su formación, con momentos malos y buenos, desesperaciones y frustraciones, como todos aquellos que hemos dedicado años de nuestra vida a la investigación podemos entender, pero con resultados que nadie puede discutir.

Finalizó su estancia de investigación, financiada por el Ministerio español, con una tesis doctoral que alcanzó la máxima nota en la Universidad española, y se lleva una de las grandes joyas que va a tener en su vida. No me cabe duda alguna de que MARCELA recordará con los años todo lo bueno, que irá olvidando o recordando como nebulosa los momentos malos, y que al final lo que queda es este libro, esta obra, una buena obra que tiene el lector en sus manos, muchas vivencias en España, y el cariño y la admiración de cuantos la hemos tenido cerca y la tenemos como amiga. Nuestros caminos seguirán siempre unidos, como discípula y maestra, pero también como amigas. Es un orgullo poder contarle.

Valencia, a 1 de febrero de 2013

Prof. Dra. Dra. h.c. SILVIA BARONA VILAR

INTRODUCCIÓN

La relación de necesidad mutua que existe entre el proceso arbitral y el proceso cautelar da como resultado una cantidad ingente de situaciones problemáticas que en este libro se pretenden analizar. Esa relación está fundada en lo siguiente: mientras que para el proceso arbitral es importantísimo contar con herramientas –que el proceso cautelar le proporciona– dirigidas a garantizar la efectividad del laudo, para el proceso cautelar es esencial el desarrollo del proceso arbitral, debido a que aquel existe cuando este último lo requiera.

Son entonces el arbitraje y las medidas cautelares los dos temas base de esta investigación. Ambos se han estudiado a partir de su regulación legal en la normativa de dos países alejados sustancialmente en las materias que ocupan la misma, estos son, España y Colombia.

El arbitraje goza de una vitalidad indudable, que se refleja día a día en las novedosas normativas estatales internacionales que lo regulan, en su acogida para la solución de conflictos mercantiles y de consumo, y en su auge para resolver controversias en sectores en donde antes parecía impensable una solución que no fuera judicial, es decir, los que surgen de las relaciones con la Administración.

Si se tiene en cuenta que el arbitraje existe desde la época del derecho romano, dicha vitalidad no debe confundirse con juventud. Sin embargo, tampoco debe afirmarse que desde entonces ha gozado de actualidad; al contrario, los distintos avatares históricos de la escena política y social mundial lo

hicieron caer en desuso y la institución fue casi olvidada. En este proceso de opacidad jugó un papel fundamental el surgimiento de la concepción de soberanía y, con este, el del Poder Judicial, que en su lucha por fortalecerse negó la opción de convivencia con otras formas de resolución de controversias distintas a la judicial, como lo es, en efecto, el arbitraje.

Curiosamente, si bien fue el Poder Judicial quien ensombreció al arbitraje, este mismo tiene una responsabilidad directa en el resurgimiento de aquel. Y es que la Administración de Justicia del Estado se ha visto desbordada en los últimos años por la multiplicidad de demandas ante ella formuladas, consecuencia indirecta de la globalización, que a su vez ha generado una cantidad ingente de relaciones, germen de conflictos que necesitan solución.

Esa incapacidad material del Poder Judicial para hacer frente a los nuevos retos que propone la dinámica del mundo actual ha abierto la puerta a mecanismos como el arbitraje, que, envuelto en el movimiento de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR), pretende ser una vía distinta de solución de conflictos que, precisamente, consiga aquello que no se está ofreciendo bajo la forma tradicional de administrar justicia: eficiencia.

Nuestro posicionamiento a favor del arbitraje no debe entenderse como un rechazo al sistema judicial o un convencimiento de que aquel es la única vía viable para resolver controversias. Al contrario, como somos conscientes de que la colaboración de la jurisdicción en el arbitraje es un pilar esencial en la estructura sobre la que este se asienta, no abanderamos la idea de convertirlo en el único o el más importante mecanismo para resolver controversias; al contrario, estamos firmemente convencidos de la necesidad de conseguir un equilibrio entre ambos mecanismos heterocompositivos para así evitar la sobrecarga de uno u otro.

De la importancia del arbitraje en el panorama mundial da cuenta la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho

Mercantil Internacional (CNUDMI), que, en respuesta a la necesidad existente en sus distintos países miembros de contar con una normativa adecuada y armónica sobre arbitraje, derivada precisamente del auge que aquel había tenido dentro y fuera de sus fronteras, propone en el año 1985 una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional¹, en adelante Ley Modelo.

Así mismo, la vigencia del arbitraje como clave esencial de la justicia interna de los países queda en evidencia al constatare la multiplicación de legislaciones sobre el arbitraje que se han venido adoptando en Europa y Latinoamérica, la mayoría con un denominador común: la independización de la materia arbitral de la normativa procesal general. La importancia adquirida por este mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias ha llegado a tal punto que los legisladores de la gran mayoría de países han optado por regularlo en leyes propias, distintas a las de procedimiento judicial que antaño lo recogían.

Ejemplo de lo anterior son las leyes que a continuación enunciamos, que no solamente se han decantado por plantear el arbitraje en leyes autónomas, sino que además han seguido lo que propone la CNUDMI en la Ley Modelo para el arbitraje internacional. Así por ejemplo, el Swedish Arbitration Act 1999; Japanese Arbitration Law n.º 138 / 2003; New Zealand Arbitration Amendment Act 2007; Decreto 67 / 1995 de Guatemala; Ley 540 de 2005 de Mediación y Arbitraje de Nicaragua; Decreto Ley 5 / 1999 de Panamá; Ley 1770 de 10 de marzo de 1997 de Arbitraje y Conciliación de Bolivia; Ley de Arbitraje y Mediación de Paraguay n.º 1879 / 02; Decreto Legislativo 1071 / 2008 de Perú; Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1987; Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile de 2004.

1 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la 112ª sesión plenaria, el 11 de diciembre de 1985.

La acogida internacional que en los últimos años ha tenido el arbitraje en materia mercantil, sumada a la proliferación de legislaciones nacionales que bajo la dirección de la Ley Modelo han conseguido armonizar en cierta medida la normativa arbitral, hace que hoy en día el arbitraje sea un mecanismo de resolución de controversias, que goza de credibilidad, que está en continuo crecimiento, y que se proyecta con fuerza en el escenario mundial.

La rabiosa actualidad e importancia del arbitraje en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia es manifiesta. En España, la actual legislación arbitral, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre², ha sido reformada en dos oportunidades, la primera por la Ley 13/2009³, y la segunda, la Ley 11/2011⁴. Una situación similar se presenta en Colombia, debido a que hace pocos meses se expidió la Ley 1563 de 2012⁵, por medio del cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones⁶, que derogó,

- 2 La disposición final tercera de la Ley 60/2003 dispuso que la misma entraría en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Por lo tanto, dado que el 26 de diciembre 2003 la Ley 60/2003 fue publicada en el BOE n.º 309, esta entró a regir el 26 de marzo de 2004.
- 3 El tercer día del mes de noviembre de 2009 se aprobó la Ley 13/2009, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*, publicada en el BOE n.º 266, de 4 de noviembre de 2009, de BOE n.º 84, de 7 de abril de 2009. Sus disposiciones modificatorias de la Ley de arbitraje española, Ley 60/2003, entraron en vigor seis meses después de su publicación, esto es el 4 de mayo de 2010, de acuerdo con el término previsto en su disposición final tercera.
- 4 El 20 de mayo de 2011 se dictó la Ley 11/2011, *de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y regulación del arbitraje institucional en la administración general del Estado*, que fue publicada en el BOE n.º 121, de 21 de mayo de 2011. Esta Ley entró en vigor el 11 de junio de 2011, veinte días después de tal publicación, tal como lo mandó la disposición final quinta de la Ley 11/2011.
- 5 En el Diario Oficial 48.489 del 12 de julio de 2012 se publicó la Ley 1563 de 2012, *por medio de la cual se expide el Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Esta Ley, en virtud de su artículo 119 entró en vigor tres meses después de su promulgación, y dado que esta fue el 12 de julio de 2012, la Ley comenzó a regir el 12 de octubre del mismo año.
- 6 La Ley 1563/2012 tuvo su origen en el Proyecto de Ley 18/2011, de origen gubernamental, que fue debatido en el Senado de la República de Colombia en

entre otros, los artículos 115 a 231 del Decreto 1818/1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos⁷, que regulaban el arbitraje en Colombia.

A esta vitalidad e importancia de la que goza el arbitraje no es ajeno el otro tema base de esta investigación: las medidas cautelares. Comenzamos por afirmar el papel fundamental de estas en la satisfacción de la tutela judicial efectiva, objetivo esencial de todo mecanismo de resolución de controversias.

Y es que, si bien las medidas cautelares inicialmente fueron entendidas como meros incidentes procesales, su trascendencia práctica desencadenó un cambio en su concepción hasta tal punto que de meros incidentes pasaron a ser consideradas el núcleo del proceso cautelar, que, a su vez, tiene como objetivo conseguir la tutela cautelar. Lo anterior no sería realmente trascendente si no fuera porque en todo este proceso de evolución dogmática y legal, la tutela judicial efectiva que deben ofrecer los mecanismos heterocompositivos como el arbitraje, ha pasado de estar conformada con exclusividad por la tutela declarativa y ejecutiva a hacerle lugar al conocido como *tertium genus*, que es, precisamente, la tutela cautelar. Al ser las medidas cautelares el eje central de toda tutela cautelar, su importancia en el arbitraje está fundada en que estas permitirán garantizar la efectividad de un eventual laudo futuro. Es decir, en el juego por la

primer y segundo debate los días 29 de noviembre de 2011 y 12 de diciembre de 2011, respectivamente. Una vez concluido el trámite ante el Senado, se remitió el Proyecto de Ley a la Cámara de Representantes, donde habrían de realizarse dos debates. El primer debate ante la Cámara se llevó a cabo el 17 de abril de 2012, y el segundo, el 12 de junio de 2012.

7 En el Diario Oficial 43.380 del 7 de septiembre de 1998 se publicó el Decreto 1818/1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Este Decreto se aprobó, publicó y entró en vigor el mismo día (7 de septiembre de 1998), en virtud de su artículo 232 que disponía que el mismo regiría a partir de la fecha de su publicación.

eficiencia del arbitraje, las medidas cautelares cumplen un papel insustituible y, por ende, necesario.

Este reconocimiento a la trascendencia del proceso cautelar en el arbitraje se ha visto plasmado en normativas de organismos internacionales y legislaciones internas. Así, la Ley Modelo propone a los países miembros permitir a los tribunales arbitrales, con ocasión de un arbitraje comercial internacional, la adopción de medidas cautelares. Por su parte, la Ley 60/2003, separándose de su antecesora –Ley 36/1988–, dispone la adopción de medidas cautelares antes y durante el arbitraje, y en la misma línea, la Ley 1563 de 2012 en el ámbito del arbitraje internacional⁸.

Sin embargo, y a pesar de contar actualmente con el reconocimiento legal de la adopción y práctica de las medidas cautelares en el arbitraje, no podría decirse que la incardinación de la tutela cautelar en este mecanismo de resolución de controversias se encuentra acabada y perfeccionada. Al contrario, esta es una materia continuamente en construcción, cuya permanente elaboración se debe a la propia dinámica temporal del arbitraje y a la manera como se han entendido las relaciones entre este y la jurisdicción.

De lo anterior dan cuenta las enmiendas a las que fue sometida en el año 2006 la disposición relativa a las medidas cautelares de la Ley Modelo, artículo 17, así como la Ley 11/2011, de reforma a la Ley de arbitraje español, que omite aquellas variaciones propuestas por la Ley Modelo. En la misma línea, la Ley 1563 de 2012, que plantea un régimen dualista y en consecuencia contempla dos regulaciones diferentes en torno a la tutela cautelar dependiendo del tipo de arbitraje que se trate, nacional o internacional, lo que

8 El Decreto 1818/1998, aunque tímidamente, avanzó en el posicionamiento de la tutela cautelar en este mecanismo de resolución de controversias, al permitir que se concedieran en él las medidas cautelares de inscripción de proceso y secuestro.

empaña el desarrollo de la institución arbitral en Colombia, pues, con dos regímenes distintos, difícilmente se conseguirá una cultura arbitral que permita potenciar efectivamente el arbitraje en este país.

CAPÍTULO PRIMERO

CUESTIONES PRELIMINARES

I. ARBITRAJE

Enmarcado en la autonomía de la voluntad de las partes, el arbitraje se presenta como una fórmula de resolución de conflictos distinta al proceso judicial, con características y elementos propios que hacen de este una figura con una configuración particular. Todo estudio que se asiente sobre el arbitraje debe partir de la aproximación a sus aspectos básicos, tales como su noción, su evolución normativa, su naturaleza jurídica y sus características.

1. Noción

El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias, que se estructura a partir de la voluntad de dos partes que, con intereses contrapuestos, deciden que un tercero llamado árbitro resuelva en derecho o equidad, con efecto de cosa juzgada, sus controversias presentes o aquellas que pudieren llegarse a presentar¹.

La huella digital del arbitraje es la forma como la autonomía de la voluntad de las partes que a él acuden, participa en su configuración y desarrollo. Así, aquel que actúa

1 BARONA VILAR, S.: "Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, n.º 1, 2011, p. 199.

como árbitro lo hace por el concierto de voluntades de los ciudadanos que han decidido resolver sus diferencias por la vía arbitral, lo que se explica al ser la voluntad de las partes "...la esencia de la institución arbitral"². Y es que son las partes las que, previo reconocimiento legal, invisten transitoriamente a los árbitros de la autoridad suficiente para dirigir un procedimiento, enmarcado en un verdadero proceso, que finalizará con la emisión de un laudo arbitral que tendrá efectos de cosa juzgada.

En la misma vía, el desarrollo del procedimiento arbitral estará marcado por la actitud de los particulares que asuman la posición de parte en este, pues serán ellos, en primera instancia, quienes deberán tener el reconocimiento legal para determinar la manera en que se desarrollará tal procedimiento.

Mientras la Ley de arbitraje española, Ley 60/2003, no define expresamente qué es el arbitraje³, la Ley de arbitraje colombiana, Ley 1563 de 2012, dispone para el arbitraje nacional una definición (art. 1); en cambio, para el internacional, a pesar de que sigue a la Ley Modelo, nada dice al respecto. Sin duda alguna, esta es una demostración clara de lo incoherente que resulta plantear un régimen dualista que no guarda ningún hilo conductor. Y es que no encontramos ninguna explicación al porqué, mientras sí se define en dicha Ley lo que es el arbitraje en el ámbito nacional, nada se dice en torno a esta definición en el ámbito internacional.

Si nos centramos en la única definición que trae la Ley 1563 de 2012 sobre el arbitraje, podemos transcribir lo que la misma dice: "El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a

2 DAMIÁN MORENO, J.: "La declinatoria de arbitraje", en *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011* (dir. DAMIÁN MORENO, J.), AA. VV., Madrid, La Ley, 2011, p. 21.

3 Como dice MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, 3.ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2006, p. 216: "...la Ley 60/2003, omite toda referencia explícita al carácter institucional del arbitraje...".

árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

Esta disposición deja por fuera el carácter de cosa juzgada de la decisión que adopten los árbitros, y califica al arbitraje como alternativo, cuando es claro que, en el camino por conseguir una práctica fecunda en materia de arbitraje, hay que comenzar por dejar de verlo como alternativa del proceso judicial, para pasar a considerarlo una forma más de resolver controversias.

También es criticable la flexibilidad que se plantea en este artículo en torno a los conflictos que pueden resolverse por vía arbitral, ya que no solo serán los asuntos llamados de libre disposición, sino también todo aquello que en un momento determinado el legislador considere conveniente⁴.

No creemos que haya que escoger entre un sistema legal como el español, que no dispone normativamente una definición del arbitraje, y uno como el colombiano, que sí lo hace. Incluso aquel que guarda silencio deja entrever claramente, a lo largo de sus disposiciones, que debe entenderse por el mismo⁵. Lo realmente importante es que aquellas leyes que dispongan expresamente lo que debe ser el arbitraje, lo hagan de forma coherente con lo que regulan sobre él a lo largo de toda la normativa.

4 El Decreto 1818 / 1998, también definía el arbitraje. En su artículo 115 decía que: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual quedará transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

Esta disposición se excedía en la información que se supone debe proveer una definición al plantear el efecto que en el Tribunal arbitral se opera cuando a él se difiere la solución de la controversia. Al mismo tiempo, deja por fuera aspectos que juzgamos inherentes al propio concepto de la definición de arbitraje, como lo es el carácter de cosa juzgada que tiene el laudo arbitral.

5 En el mismo sentido, CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 27.

2. Evolución normativa

Es inherente a la vida en comunidad la existencia de conflictos entre los miembros que la integran, y aunque la violencia haya sido la respuesta inmediata del hombre para resolverlos (autotutela) su racionalidad lo ha llevado a renunciar formalmente a esta para que surgiera, muy pronto, la necesidad de contar con mecanismos civilizados orientados a poner fin a las controversias.

En esta búsqueda por hallar el camino civilizado a la solución de controversias surgió en el derecho romano el arbitraje como un mecanismo de lo que hoy en día llamamos heterocompositivos⁶. Su fuerza y vigencia han soportado los distintos avatares de la historia jurídica de los países herederos de aquel derecho que, hoy de una forma más o menos acertada, lo recogen normativamente⁷.

De lo anterior dan cuenta las legislaciones española y colombiana que, sin ir más lejos, durante el siglo xx dispusieron unos regímenes arbitrales en un variopinto abanico de normas⁸. No es similar, ni mucho menos, la evolución normativa en uno y otro país; mientras que en el europeo hay una clara línea de desarrollo legal, en el suramericano, infortunadamente, hay un desorden evidente que solo parece haber desaparecido en el último trimestre del 2012, con la entrada en vigor de la Ley 1563 del mismo año.

6 Un estudio pormenorizado del arbitraje en el derecho romano en MERCHÁN ALVAREZ, A.: *El arbitraje estudio histórico jurídico*, n.º 43, Universidad de Sevilla, 1981; también, BUIGUES OLIVER, G.: *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, Madrid, Montecorvo, 1990.

7 Sobre las razones que explican los altibajos sufridos por el arbitraje a lo largo de la historia, ver BARONA VILAR, S.: "Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, ob. cit., pp. 185-197.

8 Acerca de la regulación del arbitraje en España en los siglos anteriores, ver BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, pp. 25-27.

Acerca de aquello que acontece en España en torno al arbitraje, han sido cuatro las leyes que se han dictado desde el siglo xx hasta hoy. Inicialmente, la Ley de arbitraje privado del 22 de diciembre de 1953⁹, que como su nombre lo indica partía de la naturaleza jurídica contractual del arbitraje, se dio paso treinta y cinco años más tarde a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, *de Arbitraje*, que apostó por una apertura de la institución arbitral y ofreció una regulación propicia para popularizarla, en el buen sentido de la palabra¹⁰. Aun cuando sus resultados no fueron los esperados, sí abonó el terreno para la normativa que vendría a continuación, que ha conseguido hacer del arbitraje un mecanismo conocido y barajado entre las opciones a elegir al momento de decidir la vía apropiada para resolver las controversias. Nos referimos a la Ley 60/2003, la cual, a pesar de que se inspira –en demasía– en la Ley Modelo¹¹, refleja lo que se pretende sea el arbitraje a nivel internacional.

La actual Ley española de arbitraje, la Ley 60/2003, que propone un régimen monista, ya ha sufrido dos reformas legales. La primera efectuada por la Ley 13/2009, la segunda por la Ley 11/2011¹². Criticadas por unos, alabadas por otros, el espíritu reformista que acompaña al arbitraje en

9 Ver MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., pp. 131-143.

10 Un análisis del arbitraje bajo esta normativa en BARONA VILAR, S.: *Solución extajurisdiccional de conflictos “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 207-240. También, CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 23; GASPAS LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Navarra, Aranzadi, 1998, pp. 48-60.

11 Hacemos eco de lo que ha dicho al respecto BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 33: “La respuesta española, empero, es excesivamente seguidista de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL...” (sic).

12 Ver, BARONA VILAR, S. (coord.), AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, Madrid, Thomson Civitas, 2011; SANJURJO RÍOS, E. I.: “El arbitraje de equidad contra las cuerdas. El proceso de reforma de la Ley de arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, en *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*,

España solo demuestra la vigencia de esta institución en la sociedad española actual, y el intento gubernamental por conseguir un verdadero equilibrio entre la vía judicial y el arbitraje, porque, como dice DAMIÁN MORENO, es evidente el interés de los gobernantes españoles "...por fomentar el uso del arbitraje como medio para reducir la litigiosidad y aliviar así la sobrecargada agenda de asuntos que soporta la justicia española" (sic)¹³.

En Colombia, por el contrario, el desarrollo del arbitraje ha sido sustancialmente distinto al vivido en el sistema español. En un principio se reguló sin independencia alguna en el Decreto 1400/1970, Código de Procedimiento Civil de Colombia (CPC)¹⁴, y en el Decreto 410/1971 Código de Comercio (CCo)¹⁵. Posteriormente, y dando el salto a la configuración particular, se puso en marcha un ambicioso Decreto 2279/1989, por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones¹⁶, que, como bien lo indicaba su nombre, no se limitó a regular el arbitraje, sino que, más allá de esto, dispuso normas acerca de la conciliación y la amigable composición.

A los dos años de la entrada en vigor del anterior Decreto se expidió la actual Constitución Política de Colombia de 1991 (CP), que en el artículo 116 dispone lo relativo a los sujetos en quienes residirá la competencia para administrar justicia, expresamente menciona entre ellos a "...los árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". Tal consagración constitucional de la labor arbitral, dio pie a que tan solo nueve años después de la entrada en vigor

(dir. DAMIÁN MORENO, J.), AA. VV., ob. cit., pp. 71-75; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P.: *El nuevo régimen del arbitraje*, Madrid, Bosch, 2011.

13 DAMIÁN MORENO, J. (dir.), AA. VV.: *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, ob. cit., p. 15.

14 Publicado en el *Diario Oficial* n.º 33.150 de 21 de septiembre de 1997.

15 *Ibíd.*, n.º 33.339 de 16 de junio de 1971.

16 *Ibíd.*, n.º 39.012, del 7 de octubre de 1989.

del Decreto 2270/1989, se expidiera el Decreto 1818/1998, que mantuvo la misma línea de su antecesor, pero sin derogarlo, y se configuró como el *Estatuto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos*. Conviene decir que el último Decreto en mención, Decreto 1818/1998, reflejaba la ausencia de cultura arbitral por parte de los operadores del derecho en Colombia, debido a que la normativa ofrecía un proceso arbitral que de arbitraje tenía poco, y que resultaba semejarse más a un proceso judicial.

Sin embargo, la desazón no resultaba solo de lo desafortunado de la regulación citada, sino también porque con ella coexistía el Decreto 2279/1989 y otras varias leyes que, aunque no dedicadas al arbitraje, contenían disposiciones sueltas sobre él: la Ley 23/1991, de 21 de marzo de 1991, Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones, artículos 90 a 117, a la Ley 446/1998, de 7 de julio de 1998, Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia¹⁷, artículos 111 a 129, y a la Ley 1285/2009, de 22 de enero, Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia¹⁸, artículos 3 y 6. En pocas palabras, en Colombia no existía una única normativa sobre el arbitraje, al contrario, había cinco catálogos legales vigentes¹⁹ que lo regulaban sin ninguna ilación, de manera independiente y asistemática.

17 *Diario Oficial* n.º 43.335 de 8 de julio de 1998.

18 *Ibíd.*, n.º 47.240 de 22 de enero de 2009.

19 Ver, BEJARANO GUZMÁN, R. *Procesos declarativos*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 2011, pp. 455-456.

Eran varias las razones que hacían que la anterior situación fuera desde todo punto de vista desafortunada. Por una parte, la contradicción normativa que aquel escenario legal proponía, transmitía un mensaje de inseguridad jurídica a todos aquellos que preferían acudir a un arbitraje para resolver sus controversias, lo que se traducía en un descarte temprano del arbitraje que perjudicaba la ansiada construcción de una verdadera cultura arbitral en Colombia. Simultáneamente, era un panorama hostil para todos aquellos que actuaban como árbitros en el país, pues les resultaba complicado enfrentarse a toda esa telaraña de normativa arbitral difícil de descifrar.

Evidentemente, urgía una reforma legal sobre el arbitraje en Colombia, que planteara de una forma sistemática y sencilla lo relativo a este mecanismo de resolución de controversias. Así las cosas, se expide la Ley 1563 de 2012, que pretende hacerle frente a la desafortunada regulación que existía en el país sobre el arbitraje, al derogar casi todas aquellas disposiciones comentadas anteriormente²⁰, y al menos regular ordenadamente el arbitraje nacional e internacional. Y es que el Gobierno colombiano, autor del Proyecto de Ley que dio lugar a la mencionada Ley²¹, ignorando las tendencias mundiales que existen hoy en día sobre el arbitraje, se decantó por un régimen dualista, es decir, un régimen para el arbitraje interno y otro para el internacional.

A los conocedores de la cultura que hay en el país sobre el arbitraje, no nos extraña, aunque nos incomoda, la estructuración de la Ley 1563 de 2012. No nos sorprende

20 Se mantienen vigentes los artículos 3 y 6 de la Ley 1285 de 2009.

21 El Proyecto de Ley 18/2011 es de origen gubernamental, y fue debatido en el Senado de la República de Colombia en primer y segundo debate los días 29 de noviembre de 2011 y 12 de diciembre de 2011, respectivamente. Una vez concluido el trámite ante el Senado se remitió el Proyecto de Ley a la Cámara de Representantes, donde habrían de realizarse dos debates. El primer debate ante la Cámara se llevó a cabo el 17 de abril de 2012, el segundo el 12 de junio de 2012.

porque es claro que es el reflejo, por una parte, de lo que se ha entendido en el ámbito interno que es el arbitraje y, por otra, de la necesidad de responder a las exigencias que la dinámica comercial del país ha tenido en los últimos años, los inversionistas extranjeros prefieren el arbitraje a la hora de resolver sus controversias, pero en un escenario legal claro y consecuente. Por ello, se comprende que, mientras que para el arbitraje nacional se plantea un procedimiento apegado al proceso judicial, para el internacional se sigue, a nuestro juicio en demasía, a la Ley Modelo.

Este régimen dualista no es de nuestro agrado porque, a nuestro juicio, el arbitraje es arbitraje sin importar cuál sea su carácter, interno o internacional. No negamos las particularidades que el uno pueda ofrecer frente al otro, pero aun así no ameritan la existencia de dos regímenes diametralmente distintos como el que ahora contempla la ley colombiana. Sería mucho más beneficioso, para la concreción de una verdadera cultura arbitral, la existencia de una única ley que planteara un régimen susceptible de ser aplicado a cualquier arbitraje interno o internacional²².

3. Naturaleza jurídica

Según BARONA VILAR, determinar la naturaleza jurídica de una institución no es cuestión baladí²³, precisamente, porque esta es el faro que guía la labor del intérprete de la normativa que regula la institución. La anterior premisa es completamente trasladable al arbitraje en la medida en que, como cualquier ley, las leyes arbitrales contienen lagunas que el intérprete debe llenar. Esto cobra fuerza en los ordenamientos jurídicos

22 Como dice MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J.: "Comentario al artículo 1", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), AA. VV., Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 52: "Creando unas normas de arbitraje interno de calidad pueden ser de utilidad para los dos tipos de arbitraje".

23 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 41.

de España y Colombia, teniendo en cuenta los movimientos legislativos que en torno al arbitraje se han dado en ambos.

En pocas palabras, la coyuntura legislativa que se está viviendo en los países señalados, obliga a los operadores jurídicos a analizar, interpretar y aplicar las normativas arbitrales, nuevas o reformadas, y en esa labor debe destacarse el papel determinante que tiene la naturaleza jurídica de la institución arbitral.

3.1. Concepción contractual

El punto de partida es el reconocimiento jurídico de un contrato como origen del arbitraje, cuya configuración estará siempre determinada por las relaciones jurídico-privadas que se establezcan entre aquellos sujetos partes de la relación contractual. Así las cosas, la participación del legislador en el arbitraje quedará limitada, únicamente, al revestimiento legal del contrato que lo origina, pues no participará en el establecimiento de las vías en las cuales este se desarrollará.

Teniendo en cuenta que el arbitraje existe en la medida en que convergen las voluntades de dos o más personas para resolver sus controversias por la vía arbitral, podría afirmarse que, en efecto, la naturaleza jurídica del arbitraje es contractual, tal y como se entendió en España bajo la Ley de arbitraje privado de 1953²⁴. Sin embargo, si nos detenemos en lo que se supone pretende el arbitraje, esto es, resolver efectivamente una controversia, tendremos que descartar de plano la anterior afirmación, debido a que aquel objetivo solamente se podrá alcanzar cuando la solución ofrecida por los árbitros goce de verdadera efectividad, lo que en un Estado de derecho no podrá alcanzarse con un simple acuerdo de voluntades de las partes.

24 MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., pp. 131-143.

Así las cosas, explicar la naturaleza jurídica del arbitraje desde la concepción contractual no es sostenible²⁵, por lo que se debe dar paso, en consecuencia, a la búsqueda de otras ideas que alcancen a explicar qué es, a qué se debe y cómo debe funcionar el arbitraje.

3.2. *Concepción jurisdiccional*

Bajo esta posición, se intenta plantear la naturaleza jurídica del arbitraje desde el punto de vista de la función de los árbitros. Así, entendiendo que ellos resuelven controversias, adoptan medidas cautelares y dictan laudos con fuerza ejecutiva que tienen efectos de cosa juzgada, se afirma que la función declarativa y la función cautelar, propias de la función jurisdiccional, quedan cubiertas por los árbitros y, por lo tanto, habrá que entender que la naturaleza jurídica del arbitraje es de tipo jurisdiccional²⁶.

Sin embargo, el encaje que se intenta hacer del arbitraje en la jurisdicción resulta forzado, pues la función ejecutiva como elemento integrante de la función jurisdiccional no encuentra acomodo en la competencia de los árbitros. Y a pesar de que aquella función es manifestación expresa de la soberanía radicada en cabeza exclusiva del Estado, los árbitros jamás podrán gozar de la misma²⁷.

Así las cosas, si bien es cierto que no debe negarse la identidad de funciones entre jueces y árbitros en materia declarativa y cautelar, no pueden ser estas las razones para

25 Sobre el porque debe descartarse que la naturaleza jurídica del arbitraje es un contrato, ver: BEJARANO GUZMÁN, R.: *Procesos declarativos*, ob. cit., pp. 457-458; BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 42-43.

26 A favor de esta concepción, BEJARANO GUZMÁN, R.: *Procesos declarativos*, ob. cit., p. 458; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 41-45. Ya lo decía en CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 28-32.

27 Ver, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 44.

afirmar que la naturaleza jurídica del arbitraje es jurisdiccional, dado que dentro de este no puede acoplarse la función ejecutiva. Además, esta concepción desconoce un componente importantísimo del arbitraje como lo es la autonomía de la voluntad de las partes, que, si bien tampoco es suficiente para explicar la naturaleza jurídica de aquel –tal como se expuso en el epígrafe anterior–, sería un error desconocerle e ignorarle.

3.3. *Concepción mixta*

Para encontrar determinar la naturaleza jurídica del arbitraje y reconocer los elementos característicos de la institución, se propone esta concepción ecléctica que, a partir del origen privado del arbitraje, acepta los distintos tintes privados y públicos que a lo largo del mismo se presentan²⁸. Así, la conjunción de la autonomía de la libertad de las partes y la función ejecutiva propia del Estado, vienen a conformar lo que debe entenderse por arbitraje.

De esta corriente es el Tribunal Constitucional español (TC) que, desde la época de los noventa ha apostado por una concepción del arbitraje como para-jurisdiccional, cuasi-jurisdiccional o de equivalente jurisdiccional, en donde adicionalmente al elemento jurisdiccional presente en aquel, reconoce como su motor la libertad de todos aquellos que acuden a él²⁹. Un ejemplo paradigmático de lo que ha dicho el TC español sobre lo anterior, es el auto 326 / 1993 de 28 de octubre, sala primera³⁰:

28 A favor de esta teoría, GASPARE LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob. cit., pp. 54-56; GONZÁLEZ SORIA, J.: “Prólogo”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 9.

29 Un estudio concienzudo del arbitraje como equivalente jurisdiccional en MERINO MERCHÁN, J. F.: *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

30 En B. D.: Westlaw (RTC 1993/326).

...el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.

La mezcla de actividades privadas y públicas en el arbitraje produce una serie de zonas grises, cuyos límites y fondos cuesta delimitar bajo esta concepción mixta del arbitraje. Y es que el resorte de la autonomía de la voluntad que se supone llega hasta donde comienza la función ejecutiva en cabeza exclusiva del Estado, en ocasiones se retrotrae por la simple voluntariedad del legislador que se ha visto motivado por razones distintas a las explicadas bajo la concepción mixta del arbitraje, que, en consecuencia, resulta insuficiente para explicar cuál es la naturaleza jurídica de aquel.

3.4. *El arbitraje es el arbitraje*

Si bien a primera vista podría afirmarse que este enunciado es una tautología que nada indica, el razonamiento que aquí procede debe ser distinto. Lo que ahora se intenta expresar es que el entendimiento de qué es el arbitraje se encuentra dentro de este, sin que sea necesario acudir a criterios contractuales o procesales para hallar respuestas³¹.

No se niega desde esta concepción que el motor del arbitraje sea la autonomía de la voluntad de las partes, que, revestida de legalidad, da inicio al mismo. Tampoco se desconocen las limitaciones propias de este mecanismo de resolución de controversias, que hacen necesaria la participación de la jurisdicción en él. Cuando se dice que el arbitraje es el arbitraje se pretende dar a entender que las particularidades que acompañan la normativa que lo regula, no responden a

31 Ver, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 47-49; MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., pp. 231-245.

una figura jurídica determinada, sino al carácter propio del arbitraje.

Desde aquí respaldamos esta concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje, y afirmamos que admitir que este mecanismo de resolución de controversias es una categoría autónoma, permite tejer la red necesaria para asistir en un futuro a una sociedad en la que haya un justo equilibrio y convivencia entre la jurisdicción y aquel, en donde ambos ofrezcan el mismo nivel de efectividad de la pretendida tutela judicial efectiva.

4. Características

Reforzando la idea de que el arbitraje es el arbitraje, deben revisarse aquellas cualidades propias de este mecanismo de resolución de controversias que, por una parte, demuestran su carácter autónomo y, por otra, presentan los beneficios que suponen asistir al arbitraje antes que al proceso judicial.

4.1. *Libertad*

Si hay algo que caracterice al arbitraje, en contraposición al proceso judicial, es la libertad que tienen las partes para determinar cómo se debe resolver la controversia, si en derecho o en equidad, y cómo va a desarrollarse el procedimiento arbitral³². Y es que así como todos los jueces, necesariamente, deberán resolver en derecho, y las legislaciones procesales generales se encargan de disponer, paso a paso, los distintos eslabones de la cadena de un procedimiento judicial, las leyes arbitrales, por el contrario, fijan una estructura de mínimos para que sean las partes quienes la llenen de contenido³³.

32 Sobre esta característica ver, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P.: *El nuevo régimen del arbitraje*, ob. cit., pp. 32-36.

33 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: "Artículo 24", en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 427.

Esta libertad en las formas se justifica en la medida en que es la autonomía de la voluntad de las partes que deciden que sea un tercero imparcial llamado árbitro quien resuelva sus controversias, la que origina el arbitraje y lo aviva constantemente. La voluntad conjunta de las partes no solo actúa al inicio del arbitraje, al contrario, se supone que está presente a lo largo de todo el proceso arbitral. En consecuencia, el legislador debe respetar ese ámbito de acción de las partes y, al mismo tiempo, cuidarse de prever alternativas para cuando aquellas actúen pasivamente.

Desde aquí queremos llamar la atención para que el gremio de abogados se conciente de lo importante que resulta para la satisfacción de los intereses de todos aquellos clientes que acuden al arbitraje, explotar, en el buen sentido de la palabra, esta característica de la libertad, de forma que se traduce en la posibilidad de pactar con la contraparte procesal todos aquellos aspectos que conforman el procedimiento arbitral.

4.2. *Celeridad*

Esta característica del arbitraje hace referencia a la corta duración del procedimiento arbitral que podrá ser potenciada por la voluntad de las partes al determinar el desarrollo del mismo. La Ley 1563 de 2012 enuncia esta característica en el artículo 1 como una regla del arbitraje³⁴.

La agilidad propia del arbitraje conlleva a que en las leyes que lo regulan, necesariamente, se disponga un término límite en el que los árbitros deberán resolver la controversia, que, lógicamente, deberá ser sustancialmente menor al que se tardaría esta solución en manos de la jurisdicción³⁵.

34 El texto original del Proyecto de Ley 18 de 2011 no incluía a la celeridad como regla arbitral, la disposición normativa de esta se debe a una propuesta tramitada en el primer debate surtido en la Cámara de Representantes.

35 Sobre esta característica ver CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, ob. cit., pp. 19-20.

Y no es que el legislador se haya propuesto que el proceso judicial se caracterice por su lentitud a la hora de resolver las controversias, sino que su configuración legal, sumada a la saturación de trabajo que tiene la jurisdicción, ha conseguido que la justicia impartida por los jueces sea en extremo lenta.

Así las cosas, si tenemos en cuenta lo incómodo que supone para una persona ser parte en un proceso, a todas luces resultará beneficioso que aquel se resuelva en el menor plazo de tiempo posible. Por ello, esta es quizás la cualidad más llamativa y atrayente del arbitraje, que va conseguir que, desde las grandes empresas hasta los pequeños comerciantes, decidan resolver por la vía arbitral sus cuantiosas y pequeñas controversias, respectivamente.

4.3. Económico

Es cierto que las partes en un arbitraje deben asumir directamente el pago de los honorarios a los árbitros, así como también, de las cuotas o emolumentos a la institución arbitral que lo administre. Sin embargo, esto no justifica que se catalogue el arbitraje como un mecanismo de resolución de controversias costoso, en la medida en que las partes en un proceso judicial también se hacen cargo, aunque indirectamente, del coste de este último. Y es que el funcionamiento del Poder Judicial acarrea un gasto considerable que, vía tributación, asumimos la mayoría de los ciudadanos³⁶. Por ello, no es cierto que mientras el arbitraje es costoso el judicial no lo sea, lo acertado será decir que ambos suponen unos gastos que las partes que ante ellos acudan, de una u otra forma, terminan aceptando.

Existe un factor que condiciona el costo real de los mecanismos de resolución de controversias, y es el tiempo que

36 Ver, DÍAZ-CANDIA, H.: *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, Navarra, Thomson Reuters, 2011, p. 84.

transcurre entre el inicio del proceso y la resolución efectiva del conflicto. Así, mientras que el arbitraje se caracteriza por la celeridad con que los árbitros resolverán la controversia y dictarán el laudo que goza de cosa juzgada, el proceso judicial no solo presenta una estructura más compleja que la de aquel, lo que conlleva un proceso de mayor duración, sino que, actualmente, se encuentra incardinado en una Administración de Justicia que, desbordada de trabajo, ofrece soluciones pero de forma muy atrasada.

De esta forma, el precio que tiene el proceso judicial frente al arbitraje es muy alto, si se tienen en cuenta las repercusiones económicas que supone a las partes la lentitud con la que ven transcurrir dicho proceso y, sobre todo, la demora en obtener una solución satisfactoria a su controversia³⁷.

Podemos afirmar que los gastos directos que implican asumir un arbitraje (pago de honorarios a los árbitros, de cuotas a las instituciones arbitrales, etc.), quedan sobradamente amortizados por la celeridad, característica de este, con el que el mismo va a ser resuelto³⁸.

4.4. *Confidencialidad*

En un mundo cada día más global, en donde el acceso a la comunicación relativiza, con la aparente aquiescencia de los ciudadanos, lo que ha de entenderse por privacidad, resulta curioso que una cualidad inherente al arbitraje sea precisamente la confidencialidad.

En contraposición a la característica publicidad del proceso judicial, el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias que presume de ser confidencial, en la medida en que lo que en él se debata, se conozca y se decida,

37 CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, ob. cit., p. 20.

38 En este sentido, MUÑOZ SABATÉ, L.: *Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 127-137.

permanece con exclusividad a este y a sus partes y, en consecuencia, no puede ser de conocimiento público³⁹, salvo, claro está, que se cuente con el beneplácito de las partes en él comprometidas. Así por ejemplo el artículo 24.2 Ley 60/2003 expresamente señala: “Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”⁴⁰.

Un punto de discusión en torno a la confidencialidad es si resulta necesario o no para su entendimiento y exigencia, contar con una normativa que la recoja, respecto a lo cual habrá que decir que, aún cuando su disposición en un instrumento legal refuerza su pertenencia al ámbito arbitral, su ligazón con el arbitraje no se genera porque así lo determinen los legisladores o las instituciones arbitrales, al contrario, es una “...cualidad consustancial al mismo”⁴¹. Por lo tanto, las partes pueden libremente convenir el manejo que se dará en el caso concreto a la confidencialidad, bien por la remisión a reglamentos institucionales o por disposiciones particulares⁴².

En todo caso, resulta ventajoso que, desde las legislaciones arbitrales se plantee la confidencialidad, pues estas aclararán a quiénes y en qué grado se les exige, así como también las consecuencias de su infracción.

En contravía con lo anterior va la Ley arbitral colombiana que en el artículo 1 plantea como una regla del arbitraje

39 CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, ob. cit., p. 21.

40 Un análisis de este precepto en la normativa española en BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 24”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), AA. VV., ob. cit., pp. 1146-1147.

41 A favor de la confidencialidad del arbitraje, incluso sin la existencia de una norma que la contemple, ibíd., pp. 1145-1157.

42 Al respecto ver, HAMILTON, C.: “Confidencialidad”, en *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (dir. COLLANTES GONZÁLEZ, J. L.), Perú, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp. 382-383.

nacional la publicidad. No se encuentra en el informe del primer debate surtido ante la Cámara de Representantes, en el que esta “regla” fue incorporada, alguna explicación del porqué se contempla la misma. Sin dudarlo, es totalmente desafortunada esta disposición ya que, tal y como está planteada, desconoce la confidencialidad que caracteriza al arbitraje, y demuestra lo que decíamos anteriormente, la normativa del arbitraje interno se aleja de lo que debe entenderse por arbitraje y se asemeja al propio proceso judicial.

II. MEDIDAS CAUTELARES

Abordar un estudio exhaustivo sobre la tutela cautelar merece referirse previamente a las bases necesarias para desarrollar todo aquello referido a la posible adopción de las medidas cautelares y de su práctica en el proceso arbitral, ya sean medidas cautelares adoptadas por el juez o medidas cautelares adoptadas por los árbitros. Se trata, en consecuencia, de delimitar esencialmente la tutela, función y proceso cautelar, así como también, las características y los presupuestos de las medidas cautelares.

1. La tutela y función cautelar: su incardinación procesal

Las medidas que hoy en día reunimos bajo el nombre de medidas cautelares, fueron entendidas a comienzos del siglo xx en Europa como unos simples incidentes procesales que tenían lugar para garantizar la ejecución de las sentencias. En aquella primera etapa no se utilizaba el término de medidas cautelares para denominarlas⁴³, ejemplo de ello es la primera gran obra italiana sobre la materia, escrita

43 PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho Procesal Civil*, t. II, 2.ª ed., Aranzadi, 1985, p. 848.

en 1935 por CALAMANDREI, titulada *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*⁴⁴.

A mediados de la primera parte del siglo XX se comenzó a gestar la idea de la existencia de una verdadera tutela cautelar; de ello da cuenta la gran obra de las *Instituciones de derecho procesal civil* de CHIOVENDA en donde ya se planteaba textualmente lo siguiente: "...la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: conocimiento, conservación, ejecución"⁴⁵.

La consideración generalizada del planteamiento anterior, supuso una ampliación de la función jurisdiccional que tradicionalmente se materializaba con exclusividad en "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", y que ahora extendería sus brazos a la asunción de la obligación de proteger -vía cautela- la eventual materialización futura de las sentencias; así, en el *Tratado de derecho Procesal Civil* de PRIETO-CASTRO se decía:

Sabemos que la Jurisdicción tiene asignado como contenido no solamente la satisfacción del derecho a la justicia mediante el ejercicio de las funciones de declaración...y de ejecución del derecho...sino que también cumple una nueva función, que se conoce como cautelar o preventiva⁴⁶.

Tradicionalmente, la función jurisdiccional se había ocupado de reconocer el derecho y materializar el mismo vía proceso declarativo y ejecutivo, respectivamente. Sin embargo, debido a que:

...la función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan de un periodo

44 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

45 CHIOVENDA, G.: *Instituciones de derecho procesal civil (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)*, vol. 1, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 36.

46 PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 847.

más o menos largo para realizarse, tiempo que, por su mero transcurso o por actuación del demandado pueden llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte...⁴⁷

Resultaba que la función declarativa y ejecutiva, asumidas inicialmente por la jurisdicción, no eran suficientes para paliar aquello⁴⁸ y, por tanto, se le exigía la toma de medidas, una de las cuales era, precisamente, la asunción de una función dirigida a conseguir la ejecución de la sentencia, y esta es la función cautelar⁴⁹.

Hilando más fino, las medidas cautelares tendrían naturaleza ejecutiva⁵⁰ y, en consecuencia, una función exclusiva de aseguramiento de la ejecución⁵¹. Así las cosas, podrían ser todas aquellas que permitieran garantizar la ejecución de una sentencia por la vía del mantenimiento del *statu quo* patrimonial de las partes tal y como se encontrara al momento de la solicitud de las cautelas; lo que directamente restringía la aparición de la mismas a los procesos declarativos con pretensiones de condena⁵².

A principios de la década de los ochenta, la doctrina replanteó el verdadero alcance de la función cautelar, e intentó superar la idea inicial de garantizar la ejecución de la sentencia que restringía la aparición de medidas cautelares a

47 AAP de Barcelona (secc. 11) n.º 1073/2002, de 5 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2002/270449).

48 PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 847.

49 En todo caso, como bien lo exponen ARAGONESES, P.; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, t. III, 7.ª ed., Thomson Civitas, 2006, pp. 753-754, el legislador ha adoptado otras medidas que también intentan eliminar o al menos reducir el riesgo de la mora procesal; tales son: la disminución o supresión de plazos procesales, la creación de procesos sumarios, y la presunción –en casos puntuales– de la presunción de la verosimilitud del crédito.

50 CARRERAS LLANSANA, J.: “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, p. 479.

51 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares”, en *El sistema de medidas cautelares*, AA. VV., Pamplona, Universidad de Navarra, 1974.

52 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 78-79.

los procesos declarativos con pretensiones de condena. Así, se propone que aquella función no se limita a garantizar la materialización de una eventual sentencia futura, sino que, más allá de esto, asegura la efectividad de la misma⁵³, lo que lleva entonces a aceptar como posible la existencia de medidas cautelares en los procesos con pretensiones ya no solo de condena, sino también, meramente declarativas y constitutivas.

Existe una gran cantidad de jurisprudencia y obras jurídicas que han estudiado la materia y que coinciden en la anterior concepción de las medidas cautelares, lo cual viene a demostrar que en la actualidad estas han dejado de ser lo que inicialmente fueron: unos simples incidentes procesales. Ahora, al gozar de función y autonomía propia, las medidas cautelares son actos que se dictan a favor del demandante cautelar, que, salvaguardando los derechos de este⁵⁴ participan, por ser manifestación de la misma, en la consecución de una tutela judicial efectiva⁵⁵.

Durante la construcción dogmática de la institución de las medidas cautelares se discrepó en la doctrina cuál era aquel proceso al que pertenecían dichas cautelas; algunos consideraban que estas hacían parte propiamente del proceso de declaración⁵⁶, otros se decantaban por considerar que eran propias del proceso de ejecución⁵⁷. La innegable realidad de la existencia de una tutela cautelar sentó las bases para el surgimiento, *a posteriori*, de la concepción de un proceso cautelar como tal, autónomo e independiente de

53 MUÑOZ SABATÉ, L.: "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 90, n.º 3, 1991, p. 117.

54 YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p. 5.

55 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 67.

56 En Argentina, por ejemplo, aún se sigue considerando que la relación entre el proceso declarativo y el proceso cautelar, es de género a especie. Ver PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 46.

57 En esta línea la doctrina alemana, tal como se pone de manifiesto en CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., p. 34.

los dos procesos existentes a la fecha: el de declaración y el de ejecución, bajo el cual se articularía la función cautelar.

Paralelo a lo anterior, el hecho de que se considerara la existencia autónoma e independiente de una tutela y función cautelar, vino a suponer un cambio en la concepción de las medidas cautelares, que pasaron de ser consideradas como simples incidentes procesales que colaboraban con el proceso, a ser el eje central de aquella función y el núcleo del nuevo proceso cautelar.

De la situación anteriormente expuesta en torno a la función cautelar, el proceso cautelar, y las medidas cautelares, da cuenta la jurisprudencia española reciente; a continuación, citamos como ejemplo de ello el auto n.º 101/2010 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, del 8 de julio⁵⁸, que se pronunció en los siguientes términos:

Tiene dicho con reiteración este Tribunal que la jurisdicción tiene asignado como contenido no solamente la satisfacción del derecho a la justicia mediante el ejercicio de las funciones de declaración y de ejecución del derecho, sirviéndose del proceso declarativo y del de ejecución tanto singular como general, sino que también cumple una función cautelar o preventiva encaminada a que las decisiones que se producen en el ámbito de los antedichos procedimientos queden garantizadas en su cumplimiento y/o efectividad.

Apostillamos la existencia de una función cautelar autónoma e independiente que acompaña a la función declarativa y ejecutiva. De una parte, la entidad del papel desempeñado por las medidas cautelares en un proceso declarativo obliga a considerarlas como partícipes del sistema declaración-ejecución, que, aunque su existencia esté subordinada a ellos, no es un elemento propio de los mismos⁵⁹. Además, y aquí

58 En B. D.: Westlaw (JUR 2010/296802).

59 Como bien dice PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 17: "...si bien éste carece de autonomía con respecto al proceso principal cuya eficacia

el segundo de nuestros motivos, la función jurisdiccional solo podrá cumplir cabalmente su objetivo de brindar una tutela judicial efectiva a los ciudadanos, siempre que asuma la obligación de brindar las tres sub-funciones que, aunque correlacionadas unas con otras, son independientes.

2. La gestación del proceso cautelar

La idea de un proceso autónomo diferenciado de los de declaración y ejecución que gravite sobre la función cautelar, se ha depurado con el transcurrir de los años. En un primer momento, autores pioneros en la materia como CALAMANDREI⁶⁰, aunque postulando la existencia de una función cautelar como tal, negaban la realidad de un proceso cautelar por carecer de "...una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado..."⁶¹, afirmando:

...que la providencia cautelar, en lugar de constituir un *tertium genus* contraponible a las providencias de cognición y a las de ejecución forzada, ofrece los caracteres generales de una providencia de cognición, susceptible de ejecución forzada...⁶² (sic).

Posteriormente, se apostó por la consideración de la existencia de un *tertium genus* y, en consecuencia, se trabajó la idea de que la articulación de tal función se hiciese por medio de un proceso que precisara de los mismos principios, que

garantiza, la tiene, sin embargo, en el ámbito conceptual, e incluso con entidad suficiente para justiciar su regulación legal en el mismo rango que se otorga a los restantes tipos de procesos".

60 PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 849; ARAGONESES, P.; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 757-758.

61 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pp. 32, 34-35; CHIOVENDA, G.: *Instituciones de derecho procesal civil (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)*, ob. cit., pp. 297-309.

62 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., p. 76.

a su vez orientan a los procesos declarativos y ejecutivos⁶³. En otras palabras, se planteó la necesidad de concebir un proceso que sirviera de escenario para el desarrollo de aquella función cautelar, distinto e independiente del proceso declarativo y ejecutivo.

Es necesario tener presente que la concepción de un proceso cautelar hace que sea imperativa la existencia de un proceso declarativo, cuyas pretensiones puedan ver tambalear su futura y eventual materialización en el proceso de ejecución. Es decir, el proceso cautelar es instrumental, y está subordinado a las demás sub-funciones jurisdiccionales⁶⁴; en palabras—plurales—de la Audiencia Provincial de Pontevedra “...concebibles únicamente en función de otro principal e incluso en ocasiones posterior, del que son procedimiento instrumental o subordinado”⁶⁵.

Al igual que lo hiciese un sector de la doctrina que inicialmente estudió estos temas⁶⁶, hay quienes actualmente consideran inapropiado afirmar la existencia de un proceso cautelar como tal. Es el caso de FERNÁNDEZ BALLESTEROS⁶⁷ que concluye lo anterior, pues entiende que aquel proceso no tendría un objeto como tal, debido a que aquel que se dice que es (las medidas cautelares), no lo es, dado que afirma que ellas son “...sólo un adelanto de parte de las actuaciones que forman la ejecución forzosa al momento de presentación de la demanda o a un momento inmediatamente anterior...”.

63 ARAGONESES, P.; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 753-771; BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 65, 77-78; PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 14; BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional 1. Proceso civil*, 19.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 309.

64 PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 17.

65 SAP de Pontevedra (secc. 4) n.º 325/1995, de 9 de noviembre, B. D.: Westlaw (AC 1995/2191).

66 PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 849; ARAGONESES, P.; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 757-758.

67 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: “Artículo 721”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFÀ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), AA. VV., t. III, Iurgium, Atelier, 2000, pp. 3221-3222.

A nuestro juicio, la función cautelar, aunque instrumental, se articula por medio de un verdadero proceso que, junto con el proceso de declaración y ejecución, conforma los medios de los que se sirven los ciudadanos para satisfacer su derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Lo que es y lo que no es una medida cautelar

La función cautelar es el determinante de lo que se debe admitir como medida cautelar. Así, bajo el entendido inicial de que la función cautelar tenía por objeto la garantía de la ejecución de una eventual sentencia futura, habría que afirmar que las medidas cautelares serían aquellas que precisamente estuvieran encaminadas a conseguirlo. Se trataría entonces de todas las medidas que aseguraran la materialización de la sentencia -que necesariamente sería de condena-, pero no supusieran la ejecución anticipada de la misma.

Al evolucionar el contenido de la función cautelar, cambia también el papel de las medidas cautelares, que pasan a significar para el legislador⁶⁸, la doctrina⁶⁹ y la jurisprudencia⁷⁰, actos que antes, que colaborar con la ejecución van a "...garantizar la satisfacción de la pretensión..."⁷¹. Es decir, ahora la función cautelar, al extender su radio de acción, va a pretender garantizar la efectividad de las sentencias y, por consiguiente, el abanico de las herramientas de las que

68 En España, el artículo 5 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*. En adelante LEC 1/2000.

69 Un estudio pormenorizado de la evolución de las medidas cautelares en la doctrina española en BARONA VILAR, S.: *Competencia Desleal tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional: doctrina, jurisdicción y jurisprudencia*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 1365-1377.

70 AAP Barcelona (secc. 15ª) n.º 126/2005, de 16 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/176758); AAP Madrid (secc. 10ª) n.º 186/2005, de 6 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2005/181876).

71 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Granada, Comares, 1995, p. 10.

se vale para materializarlo, es decir, las medidas cautelares, necesariamente se verá ampliado.

Así las cosas, las medidas cautelares que fueran a ser impuestas, ya no solo serían las únicas que hasta ese momento se concebían: aquellas que tenían carácter de aseguramiento de la ejecución, sino también, aquellas que se clasificarían como medidas anticipatorias, que como su nombre adelanta, anticipan en el *iter procesal* la consecución de lo que se espera obtener al finalizar el proceso de declaración, así como también aquellas que preservaran el *statu quo* del inicio de aquel⁷².

Exponente de lo anterior es el auto n.º 101 / 2010, de 8 de julio, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Islas Baleares⁷³ que dice:

La justicia cautelar o preventiva se enmarca, por ello, en sede de la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente y tiene en las medidas cautelares reguladas hoy en los artículos 721 y siguientes de la LEC su más importante manifestación. Por medida cautelar, debe entenderse toda actuación ordenada por el juez, a petición de parte, sobre el patrimonio del demandado que tiende directamente a hacer posible una eventual y futura ejecución de una sentencia estimatoria⁷⁴.

También, el auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1, n.º 42 / 2002, de 24 de mayo⁷⁵ que señala:

Esa función de garantía constituye el fundamento esencial y la razón de ser de toda medida cautelar, evitando actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, lo que se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir ese efecto.

72 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 82.

73 En B. D.: Westlaw (JUR 2010 / 296802).

74 De idéntica línea: AAP Islas Baleares (secc. 3) n.º 86 / 2009, de 18 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2009 / 282228).

75 En B. D.: Westlaw (JUR 2002 / 175025).

En todo caso, y esto es algo sobre lo cual volveremos cuando hablemos de las características de la provisionalidad y la proporcionalidad de todas las medidas cautelares, la consideración de la posibilidad de adoptar en un proceso medidas cautelares con contenido anticipatorio, no debe suponer que aquellas que se adopten sean medidas de tipo ejecutivo. Es necesario que la autoridad competente se asegure de que, bajo el manto de la función cautelar, no se esconda una verdadera función de ejecución. No debe perderse entonces de vista que las cautelas conllevan la función de garantizar la efectividad del proceso y, por tanto, en aras de su utilidad, es comprensible que se asemejen a las medidas ejecutivas⁷⁶, lo que en todo caso no puede significar la identidad entre unas y otras.

De lo anterior es un buen exponente lo dicho por la Sala Civil primera del Tribunal Supremo, en la sentencia 1106/2002 de 14 noviembre⁷⁷:

En este sentido se puede afirmar que la ejecución provisional tiene la naturaleza jurídica de proceso de ejecución...

La consecuencia más importante de esta afirmación es la de negar cualquier asimilación entre ejecución provisional y medida cautelar, de modo que en absoluto puede ser equiparado el régimen de ejecución provisional al de garantía futura de la ejecución de sentencias firmes y autorizar limitaciones a su establecimiento.

Sin embargo, esa cercanía entre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y las ejecutivas es la razón por la cual algún autor critica la idea de que por esta vía las cautelas puedan convertirse en un instrumento de anticipación del

76 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: "Artículo 721", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A; RIFA SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3267.

77 En B. D.: Westlaw (RJ 2002/9923).

proceso, ya que considera que, de ser así, se estarían tornando directamente en medidas de tipo ejecutivo, o lo que es lo mismo, al proceso ordinario en “...el lugar donde, de verdad, se solventan los litigios”⁷⁸.

Si bien hemos venido diciendo que la función cautelar ha evolucionado con el tiempo, y con ello las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas se han diversificado, hay algo que en materia cautelar no varía. Nos referimos al objeto mismo sobre el que recae la acción que envuelve la medida cautelar incardinada en un proceso civil, ya que siempre deberán ir dirigidas a la afectación del patrimonio del demandado cautelar o, en otras palabras, no podrán existir medidas cautelares de índole personal. Debido a que en materia civil no existen decisiones que impongan medidas personales, y teniendo en cuenta que las cautelares tienen por objeto facilitar los efectos de aquellas⁷⁹, no puede admitirse la adopción de medidas cautelares con contenido personal⁸⁰.

Aun cuando, de acuerdo con lo hasta aquí señalado, pareciera claro que por medida cautelar habría que entender todas aquellas órdenes dirigidas a asegurar la satisfacción de la eventual sentencia futura, esta certeza queda revestida de duda cuando se revisan ciertas normativas como la procesal general española o la propia Ley Modelo, pues en ellas se denominan medidas cautelares a determinadas acciones que persiguen cosas distintas a lo que pretende la verdadera medida cautelar.

Así por ejemplo, el artículo 17.2.d) Ley Modelo –que a su vez sigue el artículo 80 Ley 1563 de 2012– dispone, dentro del catálogo de posibles cautelas, a adoptar todas aquellas

78 *Ibíd.*, ob. cit., p. 3222.

79 ARAGONESES, P.; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 754.

80 En palabras de CARRERAS LLANSANA, J.: “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC”, ob. cit., p. 481: “Si no cabe en la ejecución propiamente dicha la aplicación de medidas o sanciones personales, es imposible admitir la adopción de éstas con carácter cautelar”.

dirigidas a preservar los elementos de prueba⁸¹. Y el artículo 768.1 LEC 1/2000, titulado medidas cautelares, plantea la posibilidad de adoptar en los procesos de filiación, maternidad y paternidad, las medidas dirigidas a proteger a la persona del sometido a la potestad, del que se dice progenitor. Es evidente que estas supuestas medidas cautelares responden a una función de aseguramiento, pero no de la sentencia o laudo, que es lo que precisamente define a las medidas cautelares, sino, en el primer caso de la prueba, en el segundo de los sujetos parte del proceso.

A nuestro juicio, lo anterior demuestra la falta de rigor del legislador que, al incluir bajo la denominación de medida cautelar determinadas actuaciones que van en la búsqueda de funciones ajenas a la efectividad de la sentencia, desconoce el propio sentido de la función cautelar como *tertium genus* de la función jurisdiccional.

Podría admitirse que esa expansión de lo que se ha entendido por medida cautelar, responde a la evolución dogmática de la figura; sin embargo, la distancia entre unas y otras genera dudas de que tal cambio sea en verdad concienzudo y coherente. Desde aquí apostamos por una revisión legal de lo que verdaderamente debe ser considerado medida cautelar, por una nueva categorización de aquellas figuras que apresuradamente se han encauzado como tales.

3.1. Las órdenes preliminares

En las enmiendas realizadas a la Ley Modelo del año 2006, se contempló, en el mismo capítulo que dispone lo relativo a las medidas cautelares (Capítulo IV A), una nueva figura denominada “órdenes preliminares”. Su ubicación sistemática en aquella normativa se explica de manera que, aún sin ser medidas cautelares, sí colaboran con las mismas, pues

81 Un análisis sobre estas “cautelares”, en BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 88-93.

persiguen la idea de que, antes de la interposición de las cautelas, se paralice el posible daño que se esté causando en detrimento de los derechos pretendidos en el proceso.

Por medio de una orden preliminar los árbitros podrán conminar al futuro afectado con la cautela, "...sin el ejercicio de la fuerza material coactiva"⁸², a que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada (art. 17B.1 Ley Modelo). Así, se estableció que, salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podría pedir una orden preliminar y simultáneamente solicitar una medida cautelar. La norma dispone que el Tribunal arbitral debería conceder las órdenes preliminares siempre que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida, entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada (art. 17B.2)⁸³.

La propuesta de la CNUDMI intenta reforzar, dentro de los linderos exclusivos de la *autoritas* de la que gozan los árbitros, la autoridad que tienen los mismos con ocasión de la adopción de las medidas cautelares, así como también desencadenar hábitos de cumplimiento previo de las cautelas por parte de los potencialmente afectados con ellas, lo que en última instancia repercutirá en el buen desarrollo del arbitraje.

Sin embargo, dudamos del éxito real que estas órdenes preliminares puedan tener en la consecución del objetivo para el cual fueron constituidas: la materialización de las cautelas adoptadas por los árbitros. Cuando a la parte contra la cual va dirigida la medida se le notifica, junto con la presentación de una solicitud de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar y la propia orden, en el

82 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 373.

83 Sobre el régimen de las órdenes preliminares en la Ley Modelo, ver por todos: BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 250-265 y VAN HOUTE, H.: "Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration", en *Arbitration International*, ob. cit., pp. 85-95.

fondo solo se le está instando a que actúe adecuadamente para que, en un futuro, cuando se le notifique la adopción de la medida, la misma pueda verse materializada, bien sea por su acatamiento voluntario, o por la intervención judicial vía ejecución forzosa.

En esa medida, las órdenes preliminares son un consejo de buenas intenciones que el árbitro, autoridad en su proceso, le propone seguir a quien posteriormente verá afectado su patrimonio con la medida cautelar. Su no seguimiento no supone incumplimiento ni trae consigo ninguna consecuencia material, ya que la ejecución del laudo, que en últimas es lo que se intenta proteger, no se encuentra bajo las funciones de los árbitros y, por lo tanto, mal harían en plantearse sanciones al respecto.

En la modificación a la legislación arbitral española del año 2011 no se recogió, inexplicablemente, la figura de las órdenes preliminares. Por el contrario, en Colombia la Ley 1563 de 2012, artículos 82 y 83, sí transponen de manera casi idéntica los artículos 17B y 17C Ley Modelo, que contemplan el régimen de las órdenes preliminares previamente comentadas, pero con la intención de que se apliquen exclusivamente en el régimen del arbitraje internacional.

Creemos que sería más conveniente contemplar algún instrumento del que efectivamente pueda valerse el árbitro para persuadir al cumplimiento de la medida y, de esta forma, evitar la necesidad actual de acudir ante los jueces para ver materializada la cautela adoptada. Por ejemplo, hubiese sido posible –y, a nuestro juicio deseable–, que el legislador permitiera a los árbitros imponer una multa al ‘incumplido’, tal y como se contempla en el Código de Procedimiento Civil de Los Países Bajos, artículo 1056⁸⁴, pues la eventualidad

84 A favor de esta opción, ARANGUENA FANEGO, C.: “Artículo 23”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 420; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 288-289.

de verse afectado patrimonialmente puede servir para dar impulso al cumplimiento de la medida impuesta. También se hubiese podido disponer que el incumplimiento voluntario de la medida cautelar adoptada constituiría una ‘presunción’ desfavorable contra el demandado cautelar⁸⁵.

Nada obsta a que las partes acuerden la imposición de algún tipo de ‘sanción’ a aquella que no cumpliera voluntariamente con la medida cautelar que se ha decretado⁸⁶, lo que contribuiría a disminuir el hecho de recurrir a los jueces con motivo de la ejecución de tales cautelas.

De acuerdo con lo anterior, se planteó en la doctrina española la posibilidad de que el Tribunal arbitral interviniera para intentar el cumplimiento amigable de los laudos arbitrales⁸⁷. A nuestro juicio, esta alternativa a la ejecución forzosa no se compadece con la idea misma de arbitraje, y mucho menos con la de medida cautelar, debido a que estas son propias de un proceso contencioso en el que los árbitros actúan con la autoridad suficiente para resolver conflictos y, por lo tanto, no les corresponde tratar de convencer a alguna de las partes para que cumpla voluntariamente lo que ellos, previamente, han ordenado.

4. Características

Antes de adentrarnos en la exposición de las características de las medidas cautelares, y con miras al estudio de las mismas en el régimen jurídico del arbitraje en Colombia y en España, conviene señalar que, en los ordenamientos jurídicos de ambos países se contemplan normas acerca de las

85 En sentido contrario, YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 241-244; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., p. 145.

86 LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., p. 610.

87 CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 288-289.

características de las medidas cautelares y, adelantándonos, diremos que también de sus presupuestos.

4.1. Instrumentalidad

La duración propia de todo proceso declarativo ha sido el motivo por el cual se ha configurado la tutela cautelar, en consecuencia, su duración está condicionada a la permanencia del mismo, o lo que es lo mismo, a la emisión de la providencia que ponga fin a aquel⁸⁸. Puede entonces afirmarse que toda medida cautelar es instrumental al proceso declarativo cuya efectividad pretende garantizar⁸⁹.

En todo caso, es oportuno señalar que la relación existente entre medidas cautelares y proceso no es unidireccional, dado que, si bien es cierto que las cautelas deben su existencia al proceso como tal, este también necesita de aquellas en la medida en que son un elemento importante en la consecución de su objetivo de proveer justicia. Sin embargo, la relación entre ambos no se da en un plano horizontal sino vertical, toda vez que aun cuando las medidas cautelares se deben al proceso declarativo, no puede afirmarse, y con toda lógica, que este se deba a aquellas, y cobra así sentido y explicación el planteamiento de la instrumentalidad como carácter esencial de las cautelas.

Respondiendo a una concepción clásica de las medidas cautelares, el artículo 726.1 LEC 1 / 2000 ordena que aquellas que se acuerden deberán "...ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria..."⁹⁰.

88 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pp. 44-45.

89 Como bien dice BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 106: "La instrumentalidad es la característica por excelencia, la que le otorga per se naturaleza y la que impregna carácter a las mismas".

90 Sobre esta característica ver, AAP de Las Palmas (secc. 4) n.º 189 / 2010, de 25 de

Consecuencia de lo anterior es que, por regla general, las medidas cautelares se adopten y se cumplan voluntariamente⁹¹, o se ejecuten forzosamente una vez ya se haya puesto en marcha el proceso.

Sin embargo, lo hasta aquí expuesto no puede llevarnos a considerar que el legislador jamás permitirá que, en determinados casos, pueda aceptarse la adopción de medidas cautelares, incluso antes de que se haya iniciado el proceso. Precisamente, si se tiene en cuenta que la función cautelar cumple un papel activo en la consecución de la tutela judicial efectiva, nada obsta a que en aquellas situaciones llamadas ‘de urgencia’, en las que se ponga en riesgo la efectividad de la justicia, pueda permitirse incluso que se decreten y practiquen medidas cautelares *ante causam*, obviamente, condicionando su permanencia a que en breve se dé comienzo al proceso como tal. Algunos autores han denominado, a nuestro juicio con acierto, que en estos eventos la instrumentalidad tiene carácter diferido o demorado⁹².

También se deriva de este carácter instrumental el hecho de que las medidas cautelares:

...deben extinguirse cuando el proceso cautelar termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados... Si la pretensión ha sido estimada, la medida

junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/8233); AAP de Guadalajara (secc. 1) n.º 1/2010, de 19 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2010/1896); AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 190/2010, de 13 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/137655); AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 87/2010, de 6 de mayo, B. D.: Westlaw (AC 2010/1030); AAP Madrid (secc. 28) n.º 7/2008, de 16 de enero, B. D.: Westlaw (AC 2008/499).

91 El cumplimiento voluntario también se pretende en el arbitraje internacional, ver ABASCAL, J. M.: “The art of interim measures”, en *International arbitration 2006: back to basics?*, (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), AA. VV., ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, 2007, pp. 753, 759.

92 GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.); TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.; CASERO LINARES, L.: *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ob. cit., p. 85.

también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal...⁹³.

4.2. Temporalidad

Conocedores de que la cautela existe en la medida en que, o bien está en curso un proceso, o bien se presupone el inicio cercano de alguno (en el caso de las medidas cautelares *ante causam*), se entiende que la misma solo se mantendrá mientras el proceso permanezca como tal, es decir, no tiene vocación de perpetuidad⁹⁴.

Esta mal llamada característica se materializa con la figura del alzamiento de las medidas cautelares⁹⁵ que tendrá lugar siempre que: a) se absuelva al demandado, bien con una decisión de fondo o con un auto, que sin resolver la cuestión principal dé por finalizado el proceso; b) se condene al sujeto pasivo; c) no se inicie el proceso; d) se anule el laudo que adoptó la medida cautelar, o prospere la oposición o el recurso contra el auto cautelar; e) el beneficiado con la medida cautelar renuncie a ella; o, f) se suspenda el proceso arbitral.

En todo caso, no significa que el alzamiento procederá *ipso iure* al ocurrir los eventos antes comentados, ya que deberá estarse a lo que el régimen jurídico de cada país indique al respecto.

Aunque reconocida por la mayoría de los autores, la legislación (art. 726 LEC 1/2000) y la jurisprudencia⁹⁶ como

93 ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000, p. 39.

94 YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 6-7.

95 Vale la pena dejar planteada la inquietud que resolveremos oportunamente, acerca de si al modificar una medida cautelar se refleja la temporalidad de la misma; o por el contrario, por significar esta la permanencia de la tutela cautelar en el proceso principal, no podría hablarse de la concreción de tal característica.

96 Sobre esta característica ver, AAP de Madrid (secc. 11) n.º 205/2011, de 21 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/338276); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 195/2011, de 15 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/308629); AAP de Madrid (secc. 11)

una característica de las medidas cautelares, la ligazón que existe entre la temporalidad y la instrumentalidad nos lleva a juzgar inadecuada la idea de considerar la temporalidad como característica autónoma de las medidas cautelares, como quiera que lo que viene a suceder es que la temporalidad se desprende de la propia instrumentalidad.

4.3. Provisionalidad

En la obra traducida al castellano de CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, y aunque utilizando una palabra no reconocida hoy en día por la Real Academia de la Lengua Española, ya se planteaba bajo el término de *provisoriedad* lo que hoy en día, y en buen uso del idioma castellano, se declara provisionalidad⁹⁷.

Decía CALAMANDREI que:

...la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente:...que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional...⁹⁸.

Y es que desde que se concibe la existencia de una medida cautelar en un proceso, se entiende que la misma se mantendrá, únicamente, mientras cumpla su función cautelar. En consecuencia, tendrá que decirse que una vez agotada la necesidad de garantizar la efectividad de una sentencia futura, las medidas cautelares deberán terminar su aparición.

n.º 142/2010, de 11 de junio, B. D.: Westlaw (AC 2010/1248); AAP de Madrid (secc. 8) n.º 122/2011, de 6 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/291730); AAP Cáceres (secc. 1) n.º 178/2009, de 4 de noviembre, B. D.: Westlaw (AC 2010/592).

97 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pp. 36-44.

98 *Ibíd.*, pp. 36-37.

En consonancia con lo anterior, una medida cautelar es provisional como quiera que se conecta con el acaecimiento de un momento procesal determinado: la emisión de la sentencia⁹⁹, toda vez que, al dictarse tal resolución, las medidas cautelares adoptadas dejan de tener razón de ser en ese caso concreto, demuestran su carácter provisional, y exigen su correspondiente alzamiento¹⁰⁰. Sin embargo, es interesante señalar que, en la doctrina, algunos autores como CARRERAS-LLANSANA, no atan la “subsistencia de las medidas acordadas” a un evento procesal como lo es la emisión de la sentencia, sino, “...a que el derecho subjetivo llegue a su plenitud o de que desaparezca el derecho incompatible con la efectividad del primero”¹⁰¹, lo que, a nuestro juicio, implica forzar la función cautelar a escenarios propios de las medidas ejecutivas. PRIETO-CASTRO planteaba cosa distinta aunque sin ahondar en explicaciones acerca de su afirmación. Manifestaba que la provisionalidad de la medida cautelar se debía a la conexión de esta con una circunstancia que, al desaparecer, hacía que la medida terminara¹⁰².

De otra parte, un reflejo de esta característica es la necesaria distinción que debe existir en la práctica entre medidas cautelares y medidas ejecutivas¹⁰³. Es cierto que la identidad

99 En palabras de CALAMANDREI: “La providencia cautelar tiene efectos provisionales...ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia”, *ibíd.*, p. 40.

100 Sobre esta característica ver: AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 60/2010, del 3 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2010/1390); AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 14/2009, de 22 de enero, B. D.: Westlaw (AC 2009/1184); AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 83/2008, de 4 de abril, B. D.: Westlaw (AC 2008/2223); SAP de Barcelona (secc. 14) n.º 119/2008, de 21 de febrero, B. D.: Westlaw (AC 2008/649); SAP de Valencia (secc. 7) n.º 280/2010, de 26 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2010/313684); AAP de Cádiz (secc. 5) n.º 86/2009, de 8 de junio, B. D.: Westlaw (AC 2009/1438).

101 CARRERAS LLANSANA, J.: “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC”, *ob. cit.*, p. 476.

102 PRIETO-CASTRO, L.: *Tratado de derecho Procesal Civil*, *ob. cit.*, p. 854.

103 CARRERAS LLANSANA, J.: “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC”, *ob. cit.*, p. 481.

en la intención de aseguramiento de los dos tipos de medidas, sumado a la continuidad de una y otra en el tiempo, puede llevar a pensar que la medida ejecutiva es la misma cautelar¹⁰⁴; sin embargo, es primordial tener presente que las situaciones sobre las cuales recaen estas medidas son distintas: mientras las cautelares obran sobre una pretensión incierta que aún no ha sido juzgada, las de tipo ejecutivo actúan sobre una decisión judicial¹⁰⁵.

4.4. Variabilidad

De cara al cumplimiento de la función cautelar es necesario que las medidas cautelares se adapten, de manera precisa, a las necesidades de todo pleito, lo que exigirá que, una vez adoptadas y practicadas, puedan ser modificadas¹⁰⁶. Para ser jurídicamente estrictos, debemos decir que, lo que en principio será modificado no es la medida cautelar, sino la resolución en la que se ha adoptado la misma¹⁰⁷. Sin embargo, lo que en la práctica realmente ocurre es que aquella resolución sí implica una alteración en la medida cautelar, lo cual significa que cambia la resolución para cambiar la medida.

Es esencial que el legislador permita que tales medidas puedan modificarse, vía resolución, cuando las circunstancias así lo exijan, porque de lo contrario será muy difícil

104 Así por ejemplo, ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 323-324, 333-334, que considera que las medidas cautelares se “convierten” en ejecutivas, mas no se alzan para dar paso a la constitución de las segundas. En la misma línea, PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 48.

105 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: “Comentario al artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Características de las medidas cautelares”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA. VV. (COORD. CORDÓN MORENO, F.), Pamplona, Aranzadi, 2001, pp. 677-683.

106 YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., p. 7.

107 En este sentido, ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., pp. 373-390.

lograr la efectiva tutela cautelar¹⁰⁸. En todo caso, habrá que atenerse a los requisitos que el legislador determine, los cuales deben acreditarse para cambiar la medida cautelar inicialmente decretada, que esperamos sean consecuentes con el derecho de defensa y contradicción de la persona afectada con la nueva cautela¹⁰⁹.

4.5. *Proporcionalidad*

La adopción de una medida cautelar tiene dos caras contrapuestas: las de las dos partes enfrentadas en el juicio cautelar. Por un lado está el beneficiado con la cautela que con esta aspira evitar que la contingencia a la que está sometida la sentencia o laudo futuro se materialice; y por el otro, aquel perjudicado con la medida. Tal disparidad de posiciones en un proceso regido, entre otros, por el principio de igualdad, conlleva la obligación de lograr que, en la medida de lo posible, se haga ‘equitativo’ aquello que por su propia razón de ser no lo es.

Una de las formas de alcanzar el equilibrio al que nos hemos referido anteriormente, es por medio de la imposición de una medida cautelar acorde con el riesgo latente que se prevé¹¹⁰, para así evitar la exageración y consecuente

108 Sobre esta característica ver la siguiente jurisprudencia: AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 182/2008, de 16 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/56660); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 198/2008, de 30 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2008/294383); AAP de La Rioja (secc. 1) n.º 12/2008, de 15 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2008/217734); AAP de Ciudad Real (secc. 2) n.º 13/2008, de 5 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2008/208322); AAP de Madrid (secc. 10) n.º 248/2010, de 6 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/18360).

109 Sobre la interpretación de tales normas en la LEC 1/2000, ver por todos: ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., pp. 321-323.

110 AAP de Madrid (secc. 10) n.º 377/2009, de 29 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2010/38784); AAP de La Rioja (secc. 1) n.º 30/2011, de 28 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2011/479); AAP de Madrid (secc. 8) n.º 180/2010, de 19 de julio, B. D.: Westlaw (AC 2010/1160); AAP de La Rioja (secc. 1) n.º 62/2009, de 5 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/316410); AAP de Las Palmas (secc. 4) n.º

afectación de los derechos del perjudicado con la cautela¹¹¹; o en otras palabras, que sea mayor “...el valor superior de la seguridad que persiguen frente al derecho que restringen o limitan...”¹¹².

Corresponderá entonces a la autoridad que conozca acerca de la solicitud de una medida cautelar, analizar de oficio no solo si la cautela solicitada es adecuada para garantizar la ejecución de la sentencia futura, sino también si la misma puede ser remplazada por otra cautela que cumpla la misma función pero que resulte menos lesiva para el demandado cautelar. Cuando la respuesta a la que se arribe sea positiva, se deberá resolver motivadamente adoptar esta última medida proporcional a los intereses de ambas partes¹¹³.

Al hilo de lo anterior, sin dudar, el juez o árbitro ejecutan un papel fundamental en la obtención de tal proporcionalidad, porque serán ellos quienes determinen si la medida solicitada, cumpliendo su función cautelar, resulta o no insoportable para la parte gravada con la misma¹¹⁴.

55/2009, de 10 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2009/1327); AAP de Madrid (secc. 28) n.º 49/2009, de 6 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2009/976).

- 111 Como lo dice RAMOS ROMEU, F.: *Las medidas cautelares civiles, análisis jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 128: “Porque los derechos del demandado siguen siendo importantes, la medida cautelar que se adopte debe ser proporcionada o razonable. Ello quiere decir que debe ser idónea para proteger el derecho del demandante; debe ser necesaria en el sentido de que no exista ninguna otra medida que siendo igualmente eficaz para proteger el derecho del demandante sea menos onerosa para el demandado; y por último, debe ser proporcionada en el sentido de que, ponderando los daños que la medida evita al demandante y los que causa al demandado, no cause más daños esperados al demandado de los que evita al demandante”.

- 112 AAP de Madrid (secc. 13) n.º 62/2010, de 1 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2010/932).

- 113 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: “Artículo 726”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFA SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3264.

- 114 Como bien lo dice BARONA VILAR, S.: *Competencia desleal tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional: doctrina, jurisdicción y jurisprudencia*, ob. cit., p. 1415: “...el juez deberá llevar a cabo un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, con el fin de determinar si la medida cautelar es o no proporcionada”.

Un ejemplo de lo anterior nos lo da un asunto conocido por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Marbella, en auto del 29 de septiembre de 2004¹¹⁵, en el que se desestimó la pretensión del decreto de la medida cautelar de inscripción de la demanda en el registro inmobiliario de distintos inmuebles, con el argumento de que aquella medida ha sido diseñada para brindar tutela cautelar en escenarios distintos al del caso concreto. En otras palabras, el juzgador argumentó que, de llegar a conceder en ese proceso tal medida cautelar, el riesgo latente que con esta se quería contener no podría ser evitado.

Este auto es estudiado en sede de apelación por la SAP Málaga (secc. 5.ª) n.º 946/2005, de 19 de septiembre¹¹⁶, en la que, dándole la razón al *a quo*, se desestima el recurso y expresamente se señala:

En el presente caso, no es procedente adoptar ninguna de las dos medidas reclamadas pues lo que la recurrente reclamaría en el procedimiento principal, según se deduce de las alegaciones de su demanda, es un crédito personal que no afecta, ni tiene *por qué* afectar, a la titularidad de los inmuebles sobre cuya inscripción se reclama la anotación preventiva de demanda, ni a la posibilidad de disponibilidad de los mismos; sin que dada la gravedad de las medidas reclamadas pueda adoptarse en una reclamación en la que la cuestión debatida va a ser una reclamación de cantidad, pretensión, que como mantuvo el auto recurrido podría haberse garantizado mediante el embargo preventivo o incluso mediante la anotación de créditos refaccionarios...¹¹⁷.

También es necesario afirmar que la exigencia legal y judicial de la proporcionalidad de las medidas cautelares,

115 En B. D.: Westlaw (JUR 2006/30415).

116 Ídem.

117 Sobre esta característica ver también: AAP Albacete (secc. 2) n.º 67/2010, de 2 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/70124).

demuestra y garantiza la distinción entre estas y las medidas ejecutivas, que aunque son similares, no pueden ser idénticas¹¹⁸. La proporcionalidad exige que la cautela adoptada sea proporcional al peligro por la mora procesal que se alega -qué debe ser demostrado por el peticionario; no podrían entonces otorgarse como medidas cautelares las futuras ejecutivas, porque de esta forma, como bien lo decía CARRERAS¹¹⁹, "...se obtendría una ejecución sin título...", y el proceso declarativo perdería sentido¹²⁰.

5. Presupuestos

El equilibrio procesal que debe existir entre las partes de un proceso se ve afectado cuando a una de ellas se le impone una cautela, toda vez que deberá soportar la medida antes de haber tenido la oportunidad de defenderse en el juicio, y sufrirá así una injerencia directa sobre su esfera jurídica patrimonial.

La anterior situación exige que con carácter general solo se adopten medidas cautelares, cuando: 1) se demuestre indiciariamente la existencia del derecho material pretendido en el proceso, y 2) en el caso concreto haya peligro de que, en el futuro, por el paso del tiempo, no se materialice la tutela judicial efectiva. Además, para buscar precisamente "...la configuración de un sistema equitativo y equilibrado de tutela cautelar y, por ende, de tutela judicial efectiva..."¹²¹, se le debe exigir al demandante favorecido con la cautela,

118 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: "Artículo 726", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3266.

119 CARRERAS LLANSANA, J.: "Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC", ob. cit., p. 479.

120 Advertía el mismo autor, ibíd., que: "No debe existir pues entre unas y otras medidas ni identidad ni heterogeneidad".

121 BARONA VILAR, S.: *Competencia Desleal tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional: doctrina, jurisdicción y jurisprudencia*, ob. cit., p. 1474.

salvo excepciones, el ofrecimiento de una caución a favor de aquel que tendrá que soportar la medida cautelar¹²².

Corresponderá entonces al juez o al árbitro, dependiendo del proceso en que nos ubiquemos, la exigencia de los tres presupuestos básicos anteriores, siendo las particularidades de cada caso concreto las que marcarán a estos el rigor con que deberán revisar los mismos, siempre teniendo presente que no se encuentran en ese momento resolviendo el pleito sino decidiendo acerca de la adopción de una medida cautelar¹²³.

Hemos hecho alusión anteriormente a que la exigencia de estos presupuestos constituye la regla general. La razón de nuestra afirmación se debe a que, comúnmente, las leyes establecen la exigencia de presupuestos específicos para determinadas medidas cautelares; por ejemplo, en España, el legislador fija como presupuesto de la medida cautelar de suspensión de acuerdos de la asamblea general y del consejo rector de una sociedad cooperativa, que la misma haya sido solicitada por los "...interventores o socios que representen un mínimo del veinte por ciento de los votos sociales" (art. 31.5 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas)¹²⁴. De igual forma, en casos puntuales establecidos en las leyes puede variar la intensidad con que se deba revisar la presencia de tales presupuestos¹²⁵.

122 Sobre estos presupuestos, ver AAP Madrid (secc. 19) n.º 161/2009, de 17 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/364982); AJM de Barcelona n.º 5, del 11 de noviembre de 2008, B. D.: Westlaw (JUR 2009/104920); AAP Barcelona (secc. 15) n.º 71/2005, de 16 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2005/115715); AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 29/2005, de 28 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2005/90772); SAP de Málaga (secc. 5) n.º 1380/2004, de 22 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2005/147043).

123 La exigencia de estos presupuestos cautelares trasciende fronteras, encontrándose incluso en el ámbito del arbitraje internacional; ver laudo interlocutorio CCI Caso n.º 10596/2000, en ARNALDEZ, J.-J.; DERAIS, Y.; HASCHER, D.: *Collection of ICC Arbitral Awards. 2001-2007*, The Hague, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, pp. 315-325.

124 Sobre otros presupuestos de ciertas medidas cautelares en la legislación y jurisprudencia española, ver ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., pp. 201-204.

No obstante, las nuevas leyes procesales civiles han supuesto un paso adelante en el tratamiento armónico y en muchos casos homogéneo de las cautelas, tratando de evitar los privilegios existentes en otros momentos históricos que llevaron, por ejemplo en España, a regular regímenes cautelares privilegiados a medida que se regularon sectores del ordenamiento jurídico. La aprobación de la LEC 1/2000 significó la derogación de todos ellos, y la incorporación del régimen cautelar, común a todos los ámbitos civiles, en la misma Ley procesal general.

5.1. *Fumus Boni Iuris*

La apariencia del buen derecho supone que, al momento de solicitarse la adopción de una medida cautelar, el peticionario debe acreditar que su pretensión o pretensiones del proceso que adelanta, reúnen las condiciones para ser juzgadas a su favor por el juez o árbitro que resolverá el conflicto.

Sin embargo, se trata de una apariencia de buen derecho basada en la probabilidad¹²⁶, posibilidad¹²⁷, verosimilitud¹²⁸, etc., mas nunca en la certeza de lo que se pide, porque ese grado de certeza solo es posible alcanzarlo en el proceso principal. Como bien lo decía CARRERAS LLANSANA:

...entre la posibilidad y la certeza aparece un grado intermedio, cual es el de la apariencia, susceptible a su vez de graduaciones diversas, según esa esta apariencia más o menos intensa¹²⁹.

125 Ver, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: "Artículo 728", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFA SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3294.

126 PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 32.

127 CHIOVENDA, G.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 300.

128 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., p. 77.

129 CARRERAS LLANSANA, J.: "Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC", ob. cit., p. 478.

De acuerdo con lo planteado por la doctrina¹³⁰ y la jurisprudencia¹³¹, la demostración que debe hacer el solicitante de la medida cautelar es de carácter indiciario y no probatorio, ya que afirmar lo contrario sería negar la finalidad misma del juicio.

En sintonía con la línea anterior, podemos citar el artículo 728.2 LEC 1/2000, que dice:

El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito¹³².

No podemos dejar pasar la oportunidad de expresar que, a nuestro juicio, es cuestionable la concepción de la apariencia de buen derecho como presupuesto de la concesión de una

130 Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Comentario artículo 728 LEC 1/2000”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA. VV., Madrid, Civitas, 2001, p. 1231; GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.); TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.; CASERO LINARES, L.: *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina, jurisprudencia y formularios*, ob. cit., pp. 49-51. En el ámbito del arbitraje internacional, BEECHY, J.; KENNY, G.: “How to control the impact of time running between the occurrence of the damage and its full compensation: complementary and alternative remedies in interim relief proceedings”, en *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration* (eds. DE LY, F.; LÉVY, L.), AA. VV., ICC Institute of World Business Law, 2008, pp. 111-112.

131 AAP de La Coruña (secc. 4) n.º 145/2010, de 1 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/70154).

132 Sobre tal presupuesto ver, AAP Barcelona (secc. 13) n.º 14/2011, de 14 de febrero, B. D.: Westlaw (AC 2011/402); AAP Madrid (secc. 28) n.º 166/2009, de 5 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2010/656); AAP Madrid (secc. 19) n.º 161/2009, de 17 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/364982); AAP Barcelona (secc. 16) n.º 176/2006, de 20 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2007/106488); AAP Lleida (secc. 2) n.º 47/2007, de 6 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2007/228928); CIADI: “Decisión sobre medidas provisionales, Caso CIADI n.º ARB/06/11”, en *Revista internacional de arbitraje*, julio-diciembre 2008, n.º 9, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, pp. 216-218.

medida cautelar, teniendo en cuenta que la exigencia de lo pretendido en el proceso, aunque sea indiciaria, supone la realización de un pequeño juicio en un momento en el que no se cuenta con los elementos necesarios para el efecto (no puede perderse de vista que en ordenamientos como el español, artículo 730 LEC 1/2000, incluso antes de iniciarse como tal el procedimiento, se permite la solicitud de medidas cautelares)¹³³. Así las cosas, consideramos que sería menos gravoso para el demandante demostrar que el derecho que quiere se le tutele es sujeto de protección jurídica, para con ello garantizar que su pretensión sea posible.

Finalmente, se debe resaltar que corresponderá al juez o árbitro determinar, en cada caso concreto, sí de lo expuesto por el demandante cautelar se verifica la apariencia del derecho que se discute en el juicio declarativo¹³⁴.

5.2. *Periculum in mora*

Si hay algo intrínseco a la razón por la cual se permite en los procesos la adopción de medidas cautelares, ese es el paso del tiempo y las consecuencias perjudiciales que este puede acarrear para la tutela judicial que debe ser efectiva. Ya lo decía CALAMANDREI cuando se refería a este como "... la condición típica y distintiva..."¹³⁵ de las denominadas, en su momento, providencias cautelares.

133 Sobre esto ya se ha pronunciado FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: "Artículo 728", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3297, que precisamente manifiesta que este es "[...] el elemento más 'delicado' de las medidas cautelares"; GAMBOA MORALES, N.: "Arbitraje y medidas cautelares", en *El contrato de arbitraje* (dir. SILVA ROMERO, E.), AA. VV, Universidad del Rosario, Legis, 2005, pp. 596-598. En el mismo sentido, en el ámbito del derecho internacional TALERÓ RUEDA, S.: *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, ob. cit., pp. 243-245.

134 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pp. 76-77.

135 *Ibíd.*, p. 40.

Precisamente, el peligro que supone la duración del proceso por las distintas situaciones que pueden ocurrir en perjuicio de su efectividad¹³⁶, es lo que, según se ha entendido, motiva al demandante a solicitar una medida cautelar¹³⁷. Sin embargo, como en su momento hiciese CARRERAS¹³⁸, debe advertirse que el peligro que en el fondo quiere prevenirse es aquel que planea desde un primer momento sobre el proceso declarativo, a causa, precisamente, de la contradicción existente entre las partes. Debe entenderse, tal como aquel autor lo plantea, que:

136 Siguiendo a ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., p. 157: “Estas situaciones pueden consistir tanto en conductas o actitudes (activas u omisivas) del sujeto pasivo de la medida cautelar, como en circunstancias provocadas por tercero, como, en fin, en circunstancias desligadas de toda atribución subjetiva”. Sobre lo conveniente que hubiese sido que el legislador distinguiera entre un *periculum in mora* objetivo de uno subjetivo, ver PÉREZ DAUDÍ, V.: “La excesiva importancia del *periculum in mora* para la adopción de las medidas cautelares”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 3-4, 2007, pp. 170-171.

137 Como bien lo expresa FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: “Artículo 726”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFA SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3268: “Porque el proceso de declaración no puede –ni precisa– ser una actividad instantánea, irremediamente transcurre un período de tiempo –largo, en ocasiones– mientras se sustancian sus diversas fases; mientras actor y demandado se toman tiempo para alegar y probar lo que interese a su derecho y el Juez adquiere razones suficientes para decidir si la tutela que se pidió debe ser concedida o denegada. Fácilmente se comprende –y la experiencia así lo demuestra– que ese período de tiempo puede ser aprovechado por el deudor de “mala voluntad”, quien suele intentar toda clase de maniobras fraudulentas que dificulten o hagan imposible la ejecución de una eventual condena, ya sea intentando la destrucción, deterioro o enajenación de las cosas reclamadas, o, en general, utilizando cuantos medios estén a su alcance para colocarse voluntariamente en situación de insolvencia.

Con la finalidad de evitar estos peligros –al menos en sus formas más extremas–, y asegurar que, en caso de ser necesaria, será posible la hoy hipotética –y en todo caso futura– ejecución de la sentencia que se dicte, el Derecho permite al demandante que solicite y al Juez que acuerde diversas medidas de aseguramiento de una eventual ejecución, a las que hemos venido llamando de modo genérico medidas cautelares”.

138 CARRERAS LLANSANA, J.: “Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC”, ob. cit., pp. 473-494.

...el peligro se produce a causa no de un derecho contrario al del actor, sino de una conducta, cuya ilicitud o licitud no puede todavía determinarse, consistente en la resistencia que el demandado opone a la pretensión del actor...se trata de un *periculum in mora* a causa de las dilaciones necesarias que se experimentarán antes de que se dicte la declaración jurisdiccional¹³⁹.

En todo caso, aquel presunto estado de peligro en el que se encuentra la tutela judicial durante el transcurso del proceso, no podrá ser suficiente para intentar la adopción de una medida cautelar. Es necesario que el daño alegado sea inminente y, por tanto, la necesidad de la tutela cautelar tenga el carácter de urgencia¹⁴⁰. En consecuencia, y aunque sobre esto se ahondará en el capítulo siguiente, manifestamos desde ahora nuestra inconformidad con el criterio prescrito por el legislador español para adoptar medidas cautelares *ante causam*, como quiera que dispone que estas se otorgarán cuando existan razones de urgencia, sin hacer alguna mención similar cuando se ocupa de las cautelas adoptadas con un proceso ya en marcha.

Por otra parte, el peligro en la ejecución de la eventual sentencia futura no se presume ni se sobrentiende¹⁴¹; el demandante cautelar está obligado a acompañar con su solicitud todo aquello que, debido a la tardanza del proceso, acredite la contingencia en la que se encuentra su pretensión¹⁴².

139 *Ibíd.*, p. 477.

140 En palabras de CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., p. 41: "...no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la eminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo, o se agravaría el daño ya ocurrido..." (sic).

141 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: "Artículo 726", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFA SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3295.

142 YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., p. 5.

La razón de ser de este presupuesto se explica en la idea de que, si no existen riesgos que sustenten la decisión cautelar, tampoco habrá razones para imponerla. Por ello, precisamente, la concurrencia de este presupuesto es imprescindible para poder asumir la decisión cautelar, que siempre será previa a la decisión final del proceso principal¹⁴³. Así lo contempla el legislador español en el artículo 728.1 LEC 1/2000¹⁴⁴.

143 En CIADI: “Decisión sobre medidas provisionales, Caso CIADI n.º ARB/06/11”, en *Revista internacional de arbitraje*, ob. cit., p. 228, claramente se expone: “Solo puede dictarse una orden de medidas provisionales cuando se llega a la conclusión de que estas son necesarias y urgentes para evitar perjuicios inminentes e irreparables”.

144 En el AAP Castellón (secc. 3) n.º 402/2007, de 18 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2008/79477), se confirma en apelación una solicitud de adopción de medidas cautelares desestimada por el juez *ad quo*, con motivo de la inexistencia en el caso concreto del peligro por la mora procesal. Exactamente la Audiencia dijo lo siguiente: “...exige la norma el “periculum in mora” como presupuesto de la adopción de la medida cautelar y que se fundamenta en el riesgo de daño que recae sobre el actor por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva, y en la necesaria respuesta que deben otorgar los órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, en aquellos supuestos en los que la mera interpretación de la demanda puede llevar a actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena.

El mencionado precepto, artículo 728-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prevé que el solicitante de la medida pueda justificar que “en caso de que se trata, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayera en el juicio”.

...Se centra por ello la controversia en decidir si existe un peligro acreditado de que, durante la pendencia del proceso arbitral, puedan verse frustradas las expectativas de cobro del solicitante de las medidas, para el caso de estimar su pretensión.

Fundamenta el recurrente este hecho en la posible insolvencia en la que pudieran colocarse los demandados. Es ciertamente considerable la cantidad reclamada, 192.950,15 euros y se ha acreditado que el demandado... en el mes de enero de 2.006 dispuso de varios inmuebles de su propiedad que pasaron a ser propiedad de una sociedad, Damsysco S.L., siendo esta una sociedad participada además de por él, por su hijo menor de edad y por su esposa, sin que además tuviera actividad durante los ejercicios 2.001, 2.002, 2003, 2.004 y 2.005. Se trata de argumentos importantes de la insolvencia que se alega, pero no parece que esta fuera la intención pretendida cuando

Sin embargo, en el inciso segundo del precepto antes señalado se establece una excepción, que no la única¹⁴⁵, a tal regla general:

No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.

La anterior salvedad legal llama la atención porque plantea la contravía al objetivo por excelencia de las medidas cautelares establecido en términos claros en la LEC 1/2000 (art. 726.1): “Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial... que pudiera verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso”. Nuestro asombro se debe a que, con aquella excepción, precisamente, se abre la puerta a la adopción de medidas cautelares con ocasión de situaciones que ponen en riesgo la efectividad de la sentencia futura, pero que no acontecen durante el proceso declarativo sino que existen desde antes de este iniciarse.

el Sr.... (que) el mismo día de la transmisión de ese patrimonio inmobiliario ingresó en concepto de préstamo de socio en una cuenta a nombre de Albaidar S.L. la cantidad de 149.000 euros y consta también otro ingreso a favor de la misma sociedad, de igual fecha, por importe de 110.000 euros como capital facilitada en una operación bancaria, según acreditó la parte demandada en el acto de la vista con la aportación de prueba documental. Esto unido al hecho de que en la propia demanda, ..., se reconozca por el solicitante de las medidas que Albaidar S.L. tiene como fondos propios la cantidad de 314.083,98 euros, lo que a su criterio “supone estar en presencia de una sociedad capitalizada, teniendo un activo circulante de 1.500.000”, no nos permite entender que se trate de una sociedad insolvente y que concurra por tanto el peligro de que por la mora procesal pudiera resultar frustrado el derecho del solicitante de las medidas que ante la falta de este requisito se rechazan”.

145 Acerca de las distintas medidas cautelares a las que el legislador español ha exceptuado de cumplir con el requisito del *periculum in mora*, ver ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., pp. 163-165.

Que el legislador hubiera optado por establecer una salvedad a aquel eje conductor del sistema cautelar, no nos parece criticable¹⁴⁶. Al momento de crear las normas, el legislador parte de situaciones estándar que merecen ser reguladas, pero, al mismo tiempo, no puede ni debe desconocer las situaciones particulares –factibles– que no encajan en lo que comúnmente acontece y, por tanto, ante la dificultad de regular todas y cada una de ellas, es técnicamente válido que se decante por establecer salvedades en las que, se supone, se engloban aquellos eventos.

Sin embargo, por seguridad jurídica, debe exigirse al legislador que establezca de forma correcta las excepciones a las reglas generales, lo que no puede significar nada distinto a plantearlas en términos claros, exactos, que limiten en la mayor medida posible la discrecionalidad de quien las interprete. Desafortunadamente, esto no es lo que ocurre en la salvedad del artículo 728 LEC 1 / 2000 arriba transcrito; en ella, el legislador ató al transcurso del *“largo tiempo”* la determinación de si esas actuaciones consentidas durante el mismo podían ser alegadas como perjudiciales por la mora procesal, siempre y cuando se justificaran las razones por las cuales no se había intentado previamente la tutela cautelar.

Es evidente que la anterior regulación omite, desafortunadamente, aquella limitación a la discrecionalidad del intérprete a la que hacíamos referencia anteriormente, dado que deja en manos de aquel la determinación del lapso de tiempo fijado, así como de lo justificado o no de las razones expuestas por el peticionario.

Finalmente, siempre será la autoridad competente, juez o árbitro, quien, conforme lo alegado por el solicitante de la cautela, tendrá que determinar, en cada caso concreto, si el derecho discutido en el juicio declarativo se encuentra en

146 En sentido contrario, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: “Artículo 728”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3296.

peligro de ser tutelado a causa del tiempo que transcurrirá entre que se lleve a cabo aquel y se dicte sentencia¹⁴⁷.

5.3. Caución

En la búsqueda por alcanzar "...la configuración de un sistema equitativo y equilibrado de tutela cautelar y, por ende, de tutela judicial efectiva..."¹⁴⁸, se le debe exigir al demandante favorecido con la cautela¹⁴⁹, salvo excepciones, la prestación de una oferta de caución a favor del demandado cautelar –quien deberá soportar la medida cautelar– teniendo en cuenta que, al no suponer la adopción de aquella la emisión de un juicio previo a favor del demandante, es importante contar con tal instrumento para los eventos en los que resulte vencedor el demandado que ha debido tolerar la cautela¹⁵⁰.

Hablamos de la oferta de caución siguiendo a BARONA VILAR¹⁵¹, que a su vez adopta lo manifestado por el AAP de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de septiembre de 2003¹⁵²,

147 CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pp. 76-77.

148 BARONA VILAR, S.: *Competencia Desleal tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional: doctrina, jurisdicción y jurisprudencia*, ob. cit., p. 1474.

149 Una posición distinta sostiene ARANGUENA FANEJO, C.: "Artículo 23", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 433, para quien no es indispensable el ofrecimiento de caución como presupuesto de la concesión de la medida cautelar. En sentido contrario, ESCALER BASCOMPTE, R.: "La caución para la adopción de medidas cautelares: ¿hay que ofrecerla necesariamente como presupuesto para ser acordada la medida o opera como mera condición de ejecutividad de la medida ya acordada? (arts. 728.3 en relación con el 737 LEC)", en *Justicia: Revista de derecho procesal*, n.ºs 3-4, 2007, pp. 167-169 y GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, p. 132.

150 Sobre la caución, ver por todos ARMENGOT VILAPLANA, A.: "La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares", en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil (ejemplar dedicado a: La caución en la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, n.º 30, 2006, pp. 18-38.

151 BARONA VILAR, S.: *Competencia Desleal tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional: doctrina, jurisdicción y jurisprudencia*, ob. cit., p. 1488.

152 En B. D.: Westlaw (AC 2004/67).

cuando diferencia entre "...el ofrecimiento de la caución como presupuesto de adopción de la medida cautelar y la constitución misma de la caución, como presupuesto de ejecución de la misma...". Esta distinción repercute en beneficio de la tutela judicial efectiva, toda vez que permite subsanar una solicitud de medida cautelar que se presente sin constituir inmediatamente la caución. Tal diferenciación entre ofrecimiento y constitución de la caución queda en evidencia en la legislación española al leer los artículos 737 inciso 1 y 738.1 LEC 1/2000.

De otra parte, la regla general es que la caución consistirá en una suma de dinero o una figura que la garantice, que exigirá el juez o el árbitro, salvo mandamiento legal, al beneficiado con la medida cautelar¹⁵³.

Los criterios para determinar el monto de la caución dependerán de cada ordenamiento jurídico¹⁵⁴. Sin embargo, lo mínimo será esperar que la autoridad competente los fije de acuerdo con lo que supone el hecho de soportar la medida cautelar que se pretende imponer para el demandado cautelar; es decir, los daños y perjuicios, tanto morales como patrimoniales, que tal cautela pudiera ocasionar al sujeto pasivo de la misma¹⁵⁵, pues esta implica una injerencia en la esfera jurídica patrimonial de aquel sin que se haya

153 En algunos ordenamientos jurídicos como es el caso del español, se contempla en la Ley procesal general la posibilidad de que la ley en casos especiales no exija caución (art. 728.3 LEC 1/2000). Sobre tales excepciones legales, ver GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.): *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ob. cit., pp. 66-67. Así mismo, la Ley 60/2003 deja al arbitrio del árbitro la imposición de caución (art. 23.1). En contra de esta libertad de la Ley de arbitraje, ORTEGO PÉREZ, F.: "La consolidación de la tutela cautelar en el arbitraje", en *Iuris*, n.º 107, jul-ago, 2006, p. 60.

154 Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español se contempla en el artículo 728.3 LEC 1/2000 lo siguiente: "El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida".

155 Sobre la necesidad de tener en cuenta los daños y perjuicios patrimoniales ya se pronunciaba, entre otros, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.): *Las medidas cautelares*

producido una respuesta definitiva sobre lo pretendido en el proceso¹⁵⁶.

El objetivo de imponer tal caución podrá ser, de acuerdo con RAMOS ROMEU¹⁵⁷, de carácter indemnizatorio –reparar los daños que pudiere sufrir el sujeto pasivo de la medida-, que es el que se adopta en la legislación española en el artículo 728.3 LEC 1/2000, cuando dice: “el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado”; bien, de carácter preventivo –evitar que no funcione el sistema de responsabilidad-, con la idea de que solo se adopten “...medidas cautelares óptimas socialmente”¹⁵⁸.

Corresponderá entonces al juez o al árbitro, en cada caso concreto, fijar el monto constitutivo de la caución, y la forma en que esta puede ser presentada.

III. PRINCIPIOS PROCESALES

La importancia y elementalidad de definir cuáles son los principios del proceso arbitral y cautelar, se entienden al plantear la utilidad que los mismos representan en la práctica. Así, de acuerdo con MONTERO AROCA, los principios procesales son un elemento auxiliar de interpretación, un elemento integrador de la analogía y, además, actúan como marco teórico para las discusiones de *lege ferenda*¹⁵⁹. Los principios, junto con las

en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina, jurisprudencia y formularios), ob. cit., p. 68.

156 Un análisis jurisprudencial sobre la caución en ORTÍZ PRADILLO, J. C.: “A vueltas con el ofrecimiento de caución en la solicitud de medidas cautelares”, en *Diario La Ley*, n.º 7350, año XXI, ref. D-60, 25 de febrero 2010, B. D.: [www.leynexus.com].

157 RAMOS ROMEU, F.: *Las medidas cautelares civiles, análisis jurídico-económico*, ob. cit., pp. 42-45.

158 *Ibíd.*, p. 43.

159 BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional I. Proceso civil*, ob. cit., p. 325.

características, permiten elaborar un marco general a partir del cual se configura el régimen jurídico aplicable, y suplen las lagunas con la determinación, en cada caso concreto, de la solución correspondiente.

La actual regulación arbitral española Ley 60/2003, está influenciada de manera notoria y manifiesta por la Ley Modelo de 1985 (aprobada en la 112ª sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, el 11 de diciembre de 1985)¹⁶⁰. Así se expresa en la propia Exposición de Motivos de la Ley interna, donde se señala como principal criterio inspirador a tal Ley Modelo¹⁶¹ y a los trabajos realizados por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), a los que acoge "...con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de *adopción de medidas cautelares*".

Así las cosas, el legislador español, siguiendo al pie de la letra lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Modelo¹⁶², determinó en el artículo 24 Ley 60/2003, que encabeza el Título v "de la sustanciación de las actuaciones arbitrales"

- 160 En el año 2006 la Ley Modelo fue enmendada en lo referido a las medidas cautelares (art. 17), como resultado del estudio del Grupo de Trabajo II. La mayoría de países aún no ha incorporado tales disposiciones a sus legislaciones internas, y en la doctrina reciente se escuchan voces a favor del necesario traslado de tales propuestas a la normativa de cada país, ver BUCY, D. R.: "How to best protect party rights: the future of interim relief in international commercial arbitration under the amended UNCITRAL model law", en *American University International Law Review*, vol. 5, n.º 3, 2010, pp. 579-609. Sobre estas cuestiones volveremos posteriormente.
- 161 En palabras de CAIRNS, D. J. A.: "The spanish application of the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration", en *Arbitration International*, vol. 22, n.º 4, p. 595: "The 2003 Arbitration Act is faithful to the principles of the Model Law..."
- 162 Como así mismo han hecho las legislaciones que también la han adoptado, entre ellas, la legislación peruana de arbitraje -Decreto Legislativo 1071/2008, artículo 34.2-; Singapore Arbitration Act 2001, artículo 22; Norwegian Arbitration Act 2004, artículo 20.

(título también copiado de la norma de la CNUDMI), que los principios que deben estar presentes durante el arbitraje son los "...principios de igualdad, audiencia y contradicción..." propios de todo proceso. Específicamente, estableció en el numeral primero de la norma en comentario que a las partes se les deberá tratar con "...igualdad...", y dársele a cada una de ellas "...suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos..."¹⁶³.

Trasladar lo anterior al ámbito de las medidas cautelares supone –en pocas palabras– que al momento de establecer el procedimiento cautelar, tales principios actuarán como límites para las partes o, incluso, para los árbitros¹⁶⁴.

En el régimen arbitral colombiano, Ley 1563 de 2012, también se acoge en el artículo 91, el artículo 18 de la Ley Modelo, lo cual significa que, para el arbitraje internacional: "El tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos". En otras palabras, esto supone hablar de los principios de igualdad, audiencia y contradicción en el ámbito del arbitraje internacional.

Por su parte, y evidenciándose los inconvenientes de plantear un régimen dualista para el arbitraje, la Ley 1563 de 2012 dispone en un mismo artículo las reglas y principios que deben regir el arbitraje nacional, así, en el segundo inciso del artículo primero se señala que: "El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción"¹⁶⁵.

163 Se critica en la doctrina la simpleza con la que se redacta esta norma, ver CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: "Artículo 24", en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 422-423-416.

164 Opinión distinta le merece a DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: "Artículo 24", en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), 2.^a ed., Navarra, Aranzadi, 2011, p. 369, para quién su aplicación es "...supletoria...".

165 Este apartado del artículo primero fue incorporado en el primer debate llevado a cabo en la Cámara de Representantes.

Aunque mezcladas las reglas con los principios, estos últimos serán la igualdad, oralidad y contradicción¹⁶⁶.

Adicionalmente, en el artículo 58 se hace referencia a los principios procesales del arbitraje, al permitir que los particulares acuerden las reglas procedimentales en aquellos arbitrajes en donde ni el Estado ni alguna de sus entidades sean parte, y exige así que estas respeten "...en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes"¹⁶⁷.

De lo que se trata en este apartado, por tanto, es de analizar los principios que constituyen la "esencia" o la base del proceso, sin los que este no sería tal, para expresar en todo caso que la dualidad de posiciones es base esencial para la propia esencia del proceso, por lo que esta se entiende implícita en la consideración de la institución procesal.

166 En el antiguo régimen arbitral colombiano –Decreto 1818/1998– no se encontraban referencias a los principios que debían orientar el proceso arbitral. En consecuencia, había que revisar el ordenamiento procesal general para determinar los principios procesales que mandaba el legislador irradiar los procesos, pues estos se debían aplicar al arbitraje y, por ende, al proceso cautelar que allí se surtiera.

Así las cosas, el principio 'radial' en el ordenamiento jurídico colombiano es el debido proceso, contemplado de la siguiente manera en el primer inciso del artículo 29 CP: "*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*". La redacción empleada por el constituyente colombiano demuestra el carácter de cláusula abierta utilizada por este al consagrar tal principio, lo que en la práctica ha ocasionado que el contenido del mismo deba ser definido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Colombia, la Corte Constitucional.

Sin entrar en el análisis de los principios que incumben en exclusiva al proceso penal, enlistados a su turno en el artículo antes citado, había que afirmar que en Colombia, al igual que en España, también existían, y por tanto debían respetarse, los principios procesales de igualdad, audiencia y contradicción que, en consecuencia, tendrían que ser trasladados a los procesos cautelares que se surtían en los arbitrajes realizados a la luz del Decreto 1818/1998.

167 Este artículo 58 fue modificado durante el trámite parlamentario. En el texto aprobado en el Senado de la República solamente se hacía referencia a que los procedimientos arbitrales fijados por las partes de un arbitraje debían respetar "...los principios Constitucionales que integran el debido proceso". Los términos de este precepto fueron ampliados como consecuencia del primer debate ante la Cámara de Representantes, donde se acordó incluir el derecho

1. Principio de igualdad

El primer y, a nuestro juicio, gran principio al que hace referencia el artículo 24 Ley 60/2003, el artículo 1 y el artículo 91 de la Ley 1563 de 2012, es al de igualdad, que supone que "...las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a la defensa de sus respectivos intereses..."¹⁶⁸.

Más que un reconocimiento de igualdad, envuelve la obligación, tanto para las partes como para los árbitros, de velar porque se respete –siempre– dicho pilar en sus actuaciones sobre los procesos arbitral y cautelar.

La igualdad como principio significa exclusivamente que se trate a ambas partes de la misma manera. Su vulneración tendrá repercusiones jurídicas siempre que aquella que se ha visto tratada de forma desigual encauce tal actuación en una de las causales de anulación del laudo; por ejemplo, en la contemplada en el artículo 41.1.b) Ley 60/2003, que podrá ser alegada cuando a una de las partes no se le haya notificado de manera debida la designación de un árbitro, o cualquier otra actuación arbitral, impidiéndosele hacer valer sus derechos; o en términos más generales, en la dispuesta en el literal d) de la misma normativa, en el supuesto en el que el procedimiento arbitral no se haya ajustado a normas imperativas de la Ley¹⁶⁹.

Un instrumento legal en favor del principio de igualdad, que entre otras cosas condiciona el procedimiento cautelar que se determine por las partes o los árbitros, según corresponda,

de defensa y la igualdad de las partes como pilares básicos que deben respetar aquellos procedimientos.

168 CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000, p. 76.

169 Para un estudio pormenorizado sobre el tema, ver BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 24", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, ob. cit., pp. 1143-1145.

es el mandato contemplado en el artículo 30.3 Ley 60/2003, en virtud del cual “...de todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte”.

Lo anterior, trasladado al ámbito cautelar, no podrá significar cosa distinta a la obligación de los árbitros de mantener a ambas partes informadas acerca de las medidas cautelares que se les solicitan con ocasión del proceso. Sin querer decir lo evidente, entendemos que esta disposición es una herramienta para conseguir la materialización del principio de igualdad en el proceso arbitral, en la medida en que, solo trabajando por una comunicación procesal transparente y sin velos, se logrará una igualdad real entre las partes que trascienda a la conseguida igualdad legal.

Nunca debe entenderse, por ello, que la igualdad deba garantizarse por el papel de “equilibrador” procesal del juez o del árbitro, quienes no pueden tratar de equilibrar lo que no es igual en la realidad. Se trata de garantizar la igualdad en el proceso, no de igualar a los desiguales.

2. Principios de audiencia y contradicción

Ambos principios son expresión del principio de igualdad que “...marca la pauta de desarrollo...” de aquellos¹⁷⁰. Traslados al ámbito de la adopción de las medidas cautelares con ocasión del proceso arbitral, exige un procedimiento en el que ambas partes tengan las mismas posibilidades para solicitarlas y, por supuesto, la misma oportunidad de ser escuchadas durante el trámite del decreto.

El artículo 24 Ley 60/2003 y el 91 de la Ley 1563/2012, que a su turno siguen el 18 Ley Modelo, hacen referencia a estos principios cuando expresan que a cada una de las partes se les debe dar oportunidad para hacer valer sus derechos.

170 CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, ob. cit., p. 77.

Así las cosas, si en el procedimiento arbitral se estableciera la posibilidad de adoptar medidas cautelares *inaudita parte* esgrimiendo razones de ‘urgencia’ y ‘necesidad’ –que son tan discutibles–, tendría que contemplarse, tal como sucede en el régimen procesal general español (art. 739 LEC 1/2000), que con posterioridad a la adopción de la cautela, se escuchará a la parte afectada con esta¹⁷¹, pues de lo contrario se estarían desconociendo los principios de igualdad, de audiencia y de contradicción que por mandato del legislador deben guiar el proceso arbitral.

En todo caso, y aun cuando la leyes arbitrales guarden silencio –como también lo hiciera la Ley Modelo– acerca de la posibilidad de adoptar medidas cautelares sin contradicción previa¹⁷² y, en consecuencia, del procedimiento que deberá llevarse cuando se concedan las mismas¹⁷³, seguramente se propondrá la aplicación analógica de la Ley procesal general como alternativa de solución. Sin embargo, a nuestro juicio, alegando razones de celeridad, no es conveniente trasladar ‘sin más’ al arbitraje las normas que al respecto contempla, en el caso español la LEC 1/2000 (arts. 739 a 742), ya que, como tendrá ocasión de analizarse posteriormente, estas no se compadecen con las características esenciales propias del arbitraje¹⁷⁴.

171 Por ejemplo, MUNNÉ CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003: una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, p. 132 propone que la adopción de una medida le sea notificada a ambas partes “...para que pueda ser impugnada por aquella a quien perjudique...”.

172 En el ámbito internacional llama la atención la Ley peruana de arbitraje, Decreto Legislativo 1071/2008, que en su artículo 47.3 contempla la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares *inaudita parte* en los siguientes términos: “El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre”.

173 Sobre la adopción de las medidas cautelares *inaudita parte* en el arbitraje comercial internacional, ver YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 220-227.

174 Ver por todos, ALONSO SAURA, M. P.: “Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas cautelares sin audiencia previa del demandado”,

Así las cosas, se requerirá de los árbitros cuando decreten medidas *inaudita parte*, garantizar la aplicación real del principio de contradicción; por ejemplo, al permitir que, con posterioridad a la adopción de las mismas, la demandada cautelar presente consideraciones al respecto, tal como lo estipula la última Ley peruana sobre arbitraje en su artículo 47.3 (Decreto Legislativo 1071/2008), que al contemplar este tipo de medidas, establece la posibilidad de que, una vez ejecutadas, se formule "...reconsideración contra la decisión".

De acuerdo con lo anterior, debemos señalar que, a nuestro juicio, nada impide que los árbitros, aun sin mediar autorización expresa de las partes, accedan a conceder medidas cautelares sin haber escuchado previamente al demandado cautelar, pues incluso cuando el silencio del legislador podría interpretarse en sentido contrario, si apelamos al espíritu informal de la Ley 60/2003 y la Ley 1563/2012 (esta última en el ámbito internacional), únicamente se podría afirmar que, si el legislador hubiera querido que para conceder este tipo de medidas se necesitara de autorización expresa de las partes, así lo habría señalado¹⁷⁵.

De cualquier forma, sin querer negar la primacía de la voluntad de las partes en el arbitraje que permite a los árbitros adoptar medidas cautelares *inaudita parte*, no apostamos por la inclusión de una disposición en la Ley arbitral que autorice a los árbitros a adoptar medidas cautelares sin

en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil* (dir. MONTALBÁN AVILÉS, A.), AA. VV., Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 57-61.

175 En este mismo sentido, entre otros ARANGUENA FANEGO, C.: "Artículo 23", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 437; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VENEGAS GRAU, C.: "Artículo 23", en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 408; VILLALBA GARCÍA, P.: "De la competencia de los árbitros", en *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (coord. DÍAZ-BASTIEN, E.), AA. VV., Madrid, Reus, 2007, p. 134. Comparte la misma postura, GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, ob. cit., p. 133.

audiencia y contradicción. La razón no es otra que, a pesar de que las decisiones arbitrales no son susceptibles de ser recurridas por ser el proceso arbitral de única instancia, el afectado con la medida cautelar que fue adoptada sin audiencia de parte verá vulnerado su derecho a un proceso enmarcado en los principios básicos procesales, sin tener ni siquiera la posibilidad de intentar la “revisión” de tal decisión.

En todo caso, ya se decía *supra* que la Ley Modelo, a la cual mira constantemente el legislador español y la Ley 1563/2012 en lo relativo al ámbito internacional, no contemplan expresamente, debido a las dificultades que las mismas suponen para la materialización del principio de contradicción, la posibilidad de adoptar este tipo de medidas cautelares¹⁷⁶. Sin embargo, dada la importancia de establecer un mecanismo que permita en determinados casos el decreto de cautelas sin contradicción previa, ya se decía en epígrafes anteriores que la CNUDMI incluyó en la Ley Modelo, a partir de la reforma del 2006¹⁷⁷, la figura de las *órdenes preliminares* (cap. VI A, secc. 2, art. 17 B y C)¹⁷⁸, que sin constituir tutela cautelar y, acuñando lo establecido

176 Sobre las discusiones en el seno del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI acerca de este tipo de medidas cautelares, ver FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: “Acerca de la introducción de las llamadas medidas cautelares *ex parte* en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional”, en *Revista Decita*, 2005, pp. 328-331.

177 Sobre las enmiendas al artículo 17 original de la Ley Modelo, ver, PERALES VISCASILLAS, P.: “Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 106, n.º 2, 2007, pp. 416-422; GRAHAM, L. E.: “Interim measures - ongoing regulation and practices (a view from the UNCITRAL arbitration regimen)”, en *50 years of the New York Convention* (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), AA. VV., ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, pp. 547-559.

178 Aún son pocos los países que han incorporado a sus legislaciones internas la figura *supra* referida; entre ellos, Nueva Zelanda, que en el Arbitration Amendment Act 2007 incluyó en los artículos 17C-17G de New Zealand Arbitration Act first Schedule, lo referente a las órdenes preliminares. También, Irlanda en el Arbitration Act 2010, establece lo propio en el Capítulo IV.

por la doctrina, son la "...antesala..."¹⁷⁹ a la misma y tienen por función "...evitar que se frustre la efectividad del laudo final..."¹⁸⁰. Se conceden, precisamente, sin escuchar previamente al afectado con aquella¹⁸¹.

La Ley 60/2003 no contempla esta figura propuesta por la CNUDMI, lo que no deja de llamar la atención cuando quiera que la misma se ha visto modificada por la Ley 11/2011, norma posterior a la reforma de la Ley Modelo del año 2006.

Por su parte, la Ley 1563/2012 sí incorpora las órdenes preliminares en el régimen arbitral colombiano, limitando su aplicación al arbitraje internacional (art. 82). Se hace necesario decir que, aunque las órdenes preliminares se traduzcan llanamente en un llamado de atención, en un aviso de la posterior toma de decisiones, son un instrumento adicional que beneficia, en el caso concreto, la consecución futura de la tutela cautelar efectiva. Por lo tanto, no justificamos el tratamiento diferenciado que la ley colombiana plantea en torno a las medidas cautelares, como quiera que el carácter internacional en sí del arbitraje no delimita la razón de ser de la figura, y siendo que la tutela cautelar que se debe dar en un arbitraje nacional y uno internacional deben ser idénticas, no resulta conveniente, por razones de igualdad, que las herramientas legales dispuestas para su consecución, no sean, al menos, similares.

179 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 284.

180 PERALES VISCASILLAS, P.: "Órdenes preliminares", en *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (dir. COLLANTES GONZÁLEZ, J. L.), ob. cit., p. 805. Ya lo decía en PERALES VISCASILLAS, P.: "Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI", en *Revista Jurídica de Catalunya*, ob. cit., pp. 415-451.

181 Sobre este instrumento que propone la CNUDMI a los países miembros; se sugiere, en todo caso, ver por todos BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, 3.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2010, pp. 250-265 y VAN HOUTE, H.: "Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration", en *Arbitration International*, vol. 20, Kluwer Law International, 2004, pp. 85-95.

CAPÍTULO SEGUNDO

SUJETOS Y PROCEDIMIENTO PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL

I. SUJETOS

Uno de los elementos esenciales en la tutela cautelar es el referente a los sujetos que en ella concurren. Tanto quienes participan en la concesión o denegación de la medida, como los que la solicitan y los que la soportan. La razón de esta trilogía subjetiva se debe precisamente a la consideración de que la tutela cautelar se despliega mediante un proceso, al ser los sujetos del proceso los que se pasan a determinar.

1. Los árbitros y los jueces: sujetos competentes para adoptar medidas cautelares

En teoría, quien goza de *autoritas* tiene la facultad para imponer medidas cautelares; en consecuencia, habría que afirmar que tanto los jueces como los árbitros –investidos de esta–, deberían ser competentes para tal efecto, estrictamente, en los procesos ordinarios y arbitrales que respectivamente dirigen.

Así las cosas, habría que decir que los árbitros, directores del proceso arbitral, serían los únicos que podrían decidir sobre las medidas cautelares con ocasión de un arbitraje; sin embargo, esta no es ni ha sido de antaño la lógica em-

pleada por los legisladores¹ y tampoco por las instituciones de arbitraje.

Claros ejemplos de sistemas legales que no siempre permitieron que los árbitros conocieran de las medidas cautelares son los regímenes de Suiza y Costa Rica. En el primero, se prohibía desde 1969 (Concordato Cantonal) que los árbitros fueran competentes para decretar medidas cautelares; situación que cambió en 1987 cuando se dispuso en el artículo 183, parágrafo 2 del *Swiss Privative International Law Act* que: "...unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order provisional or protective measures". Por su parte, en el país centroamericano es solo hasta el año 2011, bajo la *Ley de Arbitraje Comercial Internacional*, que se reconoce la competencia arbitral sobre la materia, superando así la prohibición expresa que se recogía en la Ley 7727 / 1997 sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

En la misma línea expuesta se encuentra la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que solo desde 1998 permite que los árbitros adopten medidas cautelares. La Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional (creada por el Decreto-Ley 250, de 30 de julio de 2007) también admite que el Tribunal arbitral decrete medidas cautelares pero, únicamente, cuando aquellas recaigan sobre bienes que se encuentren en posesión de las partes o referidas a su actividad.

En todo caso, en la esfera internacional comparada aún hay países que no contemplan en sus normativas internas que los árbitros tengan competencia en materia cautelar, otorgando la exclusividad de la misma a los jueces. Pueden servir como ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, el caso de

1 Sobre la evolución en el ámbito internacional de la autonomía de los árbitros para adoptar medidas cautelares, y el papel de los jueces respecto al mismo, ver: YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 34-45.

Italia, China, Argentina, Honduras y Brasil. Por ejemplo, en el artículo 818 del Codice di Procedura Civile², Italia prohíbe que los árbitros, salvo disposición legal en contrario, puedan conceder secuestros o cualquier otra medida cautelar. Actualmente, el Tribunal arbitral solo tiene competencia en el arbitraje societario para suspender la eficacia de los acuerdos sociales impugnados.

Por su parte, en los artículos 257-261 del Civil Procedure Law of the People's de 1991, el gigante asiático de China otorga únicamente a las Cortes judiciales la facultad para conocer las solicitudes de medidas cautelares³.

Así también, en Suramérica, Argentina otorga tal competencia exclusiva a los jueces en el artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴. Por su parte, Brasil en la Ley 9.307 de 1996, artículo 22.4 hace lo propio⁵. Y, en idéntica línea, Honduras lo establece en el artículo 36 del Decreto 161 / 2000 Ley de conciliación y arbitraje⁶.

2 En B. D.: [www.dejure.giuffre.it].

3 Ver, TAO, H.: "China", en *International Commercial Dispute Resolution* (ed. WARNE, J.), AA. VV., Great Britain, Tottel Publishing, 2009, pp. 175-176.

4 Ver, KLEINHEISTERKAMP, J.: *International commercial arbitration in Latin America*, United State of America, Oceana Publications, Inc., 2005, pp. 248-249.

5 *Ibíd.*, pp. 249-250. También, BONI DE SOUZA, A.: "Brazil", en *International Commercial Dispute Resolution* (ed. WARNE, J.), AA. VV., Great Britain, Tottel Publishing, 2009, pp. 82-84.

6 Sin embargo, debe anotarse desde ahora que las dificultades que supone, en especial, para los arbitrajes internacionales el que los árbitros en estos países no tengan competencia cautelar, ha llevado a plantear distintas 'soluciones'. En el caso italiano, por ejemplo, la Corte de Arbitraje de Milán contempla en su reglamento la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares, que, siguiendo a CICO GNA, M.: "Milan Chamber of Arbitration", en *Institutional arbitration tasks and powers of different arbitration institutions* (eds. GOLA, P.; GOTZ, C.; GRAF, K.), AA. VV., Schulthess, 2009, pp. 182-183 podrán ser aplicadas incluso bajo la prohibición legal comentada: "However, the Rules granted such power to arbitrators in their provisions due to both the transnational nature of arbitration and the possibility that the Rules be applied by arbitrators sitting in Countries where their power to issue interim measures is recognised under the law. Furthermore, despite the prohibition, also interim measures ordered by an arbitral tribunal sitting in Italy could have some effects. In fact, on one side they could be

Del panorama anterior, son exponentes los regímenes colombiano y español, que no siempre han consentido que los árbitros adopten medidas cautelares en el arbitraje, y que en ocasiones autorizan que los jueces participen en este para el decreto de tales cautelas.

Así, el legislador colombiano permite a los árbitros la adopción y, digámoslo de una vez, la ejecución de las medidas cautelares, aun cuando sobre esto volveremos *infra*. Tal reconocimiento de competencia existe a partir del Decreto 2279/1989 que derogó la regulación anterior que expresamente prohibía la adopción y ejecución de medidas cautelares en el arbitraje—artículo 671.11 CPC y artículo 2019 CCo—.

En el artículo 32 Ley 1563/2012, el legislador colombiano, al seguir la normativa anterior, artículo 152 Decreto 1818/1998, contempla la práctica de las cautelas, establece al Tribunal arbitral como autoridad competente para el efecto, y relega la participación de los jueces en el arbitraje con ocasión de las medidas cautelares. Respecto al régimen del arbitraje internacional, siendo que se inspira en la Ley Modelo, artículo 9, se dispone la posibilidad de que tanto árbitros como jueces adopten medidas cautelares con ocasión de un arbitraje, así, el artículo 71 Ley 1563/2012 plantea:

enforced abroad, on the basis of the locally applicable enforcement regime. On the other side, it is undeniable that interim measures issued by arbitrators who have been granted such power by the parties (who did refer to a set of rules providing for interim measures to be applied by the arbitral tribunal) do have at least a contractual value and willful compliance with arbitral decisions could therefore be implemented despite the lack of enforceability”.

En el caso chino, la solución consistió en la creación en el año 2008 de la Chinese European Arbitration Centre, con sede en Hamburgo, Alemania, que permite la adopción de las medidas cautelares por los árbitros.

En Argentina, paulatinamente se ha reconocido en decisiones judiciales la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares; así como también, en los reglamentos de instituciones arbitrales de tal país. Sobre esta situación ver, ALBORNOZ, J. R.; PALLARÉS, B.: “Argentina”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), AA. VV., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 110-111.

Cualquiera de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso de las mismas, podrá solicitar de una autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y esta podrá decretarlas, sin que por ello se entienda que ha renunciado al acuerdo de arbitraje.

En el caso español la situación es diferente a la anterior, ya que el legislador ha dispuesto, aunque en momentos distintos, que tanto los jueces como los árbitros son competentes para conceder medidas cautelares en el arbitraje. Los primeros a los que se les asignó competencia para conocer de la solicitud de adopción de medidas cautelares en el arbitraje fue a los jueces; la Ley 36/1988, artículo 50, así lo contemplaba, pero, solamente, en la fase de ejecución del laudo y, siempre y cuando este hubiese sido recurrido. Dejaba así una puerta abierta a la imaginación que llevaba a mantener opiniones divergentes.

En esta antigua Ley arbitral se guardaba silencio acerca de la competencia de los árbitros para decretar medidas cautelares, lo que sin duda suponía una limitación importante a la tan buscada autonomía de ellos y del arbitraje en sí como sistema heterocompositivo de resolución de controversias. En últimas demostraba "...el escepticismo que provocaba el arbitraje en el legislador español, muy a pesar del reconocimiento expreso de que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, o, a la postre, un cauce de tutela heterocompositivo como el proceso judicial"⁷.

La participación de los jueces en el arbitraje con ocasión de las medidas cautelares, continuó con la LEC 1/2000 que reconoció su competencia para practicar medidas cautelares

7 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 23", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1051. En contra del arbitraje como equivalente jurisdiccional, ORTEGO PÉREZ, F.: "La consolidación de la tutela cautelar en el arbitraje", en *Iuris*, ob. cit., pp. 58-59.

durante el arbitraje e incluso antes de iniciarse el mismo, lo que supuso ampliar los supuestos de colaboración de la jurisdicción con el arbitraje⁸. La anterior afirmación se fundamenta en los artículos 722 y 730 de la Ley procesal general española. En el primer precepto se contempla la posibilidad de acudir ante un juez para solicitar la adopción de las medidas cautelares en un proceso arbitral pendiente en España o *ad portas* de ser iniciado; así como también, en los siguientes casos: a) durante la tramitación de un procedimiento de formalización judicial de arbitraje (de acuerdo con el artículo 38 de la anterior Ley de arbitraje, Ley 36/1988)⁹; b) en los supuestos de arbitraje institucional, cuando se ha formalizado el encargo a la respectiva institución, de acuerdo con su Reglamento; y c) a favor de un arbitraje extranjero¹⁰. En la segunda norma antes señalada (art. 730 LEC 1/2000), y con ocasión de la regulación de las

-
- 8 Algo similar ocurre en el derecho mexicano, donde el Código de Comercio establece en su artículo 1425, la competencia de los jueces para adoptar medidas cautelares antes o durante el proceso arbitral.
- 9 Esta disposición contemplada en el artículo 722 ha sido parcialmente modificada por la Ley 13/2009. En el artículo 329 de esta ley se cambió la remisión al artículo 38 Ley 36/1988 por el artículo 15 Ley 60/2003, titulado nombramiento de los árbitros, sin que, curiosamente, se suprimiera la expresión “*formalización judicial del arbitraje*” que en esta última ley no existe. Hubiese sido conveniente que se sustituyera la misma por la de designación judicial y, en consecuencia, se hiciera referencia expresa al artículo 15.3 Ley 60/2003. Sin embargo, queda claro que a pesar de mantenerse después de la reforma del 2009 la expresión formalización judicial, de la referencia simple al artículo 15 se deduce que, la interpretación que debe hacerse de tal disposición es que durante la designación judicial de los árbitros la parte interesada podrá solicitar la adopción de medidas cautelares al mismo juez que conoce de esta.
- 10 En todo caso, debe tenerse en cuenta que lo que hace el artículo 722 es incorporar una norma de competencia judicial internacional que previamente había otorgado el Reglamento 44/2001 “*relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*” (art. 31), a partir de la interpretación que del mismo hace el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en su sentencia de 17 de noviembre de 1998, en el asunto C-391/95 conocido como el caso *Van Uden*. Ver, GÓMEZ JENE, M.: “Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I”, en *Diario La Ley*, n.º 7601, 31 de marzo 2011, año XXXII, ref D-142; ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 646-651.

medidas cautelares *ante causam*, se dispuso la libertad de decretar las mismas en sede arbitral.

Así las cosas, desde la entrada en vigor de la LEC 1/2000, en España se permite que los jueces concedan medidas cautelares en un proceso arbitral—o con ocasión del mismo— interno e incluso extranjero¹¹. En otras palabras, su competencia ya no es solamente durante la ejecución de un laudo que ha sido recurrido, como para ese entonces ya lo permitía el artículo 50 Ley 36/1988.

-
- 11 No puede desconocerse las dificultades que en la práctica supone la solicitud de medidas cautelares a un juez español con ocasión de un arbitraje extranjero, debido a la remisión que la Ley hace a los Tratados, Convenios o normas comunitarias que puedan aplicarse al respecto (art. 722 LEC 1/2000); ya que teniendo en cuenta que en ellos no se trata este tema, tal ausencia de norma hace casi impracticable la posibilidad de acudir ante la jurisdicción española a solicitar la adopción de una cautela en el marco de un arbitraje celebrado fuera de las fronteras del país. Un claro ejemplo de lo anterior es el aap Pontevedra (secc. 1) n.º 168/2006, de 28 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/427271) que claramente dice: *“La solución, a juicio de la Sala, la proporciona el art. 722 LEC... En otro caso, esto es, si se entendiera que la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares existe siempre, no se alcanza a comprender el sentido de la expresión “con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación”. En consecuencia, si esta facultad está subordinada a lo que prevean los Tratados y Convenios aplicables, habrá que analizar en cada caso la existencia de una norma de tal clase, y, en su defecto, no podrá admitirse la solicitud.*

Podría quizá discutirse si, a falta de un Tratado o Convenio internacional que sea de aplicación, cabe acudir al principio de reciprocidad. La cuestión es ciertamente compleja porque, aunque el precepto es claro al hablar únicamente de normas jurídicas, la aplicación de aquel principio está comúnmente admitida en las relaciones jurídicas internacionales; pero, en cualquier caso, la acreditación de la existencia de reciprocidad corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia (art. 291.2 LOPJ), y dicha acreditación no consta en el supuesto que nos ocupa”. Para ahondar en este tema, ver: MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 200-203. Así mismo, en relación con esta competencia judicial específica también se critica en la doctrina, y con razón, (ver por todos BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1053 y LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 273-278) que el legislador exceptúe la posibilidad de tal competencia cuando *“...del asunto principal...”* del proceso arbitral *“... fuesen exclusivamente competentes los Tribunales españoles...”*, teniéndose en consecuencia que interpretar —forzosamente— que lo que se quería era hacer referencia a las materias no disponibles de ser resueltas vía arbitraje.

Sin embargo, y no debiendo haber sido de otra manera, la LEC 1/2000 guardó silencio acerca de la competencia de los árbitros para decretar medidas cautelares, tanto antes como durante el proceso judicial, pues al ser la tutela jurisdiccional su objeto de regulación (lo cual queda claro al leer su Exposición de Motivos), hubiese sido erróneo que el legislador contemplara en ella lo atinente a la regulación de otro tipo de tutela, en este caso la arbitral¹².

La anterior situación varió a partir de la Ley de arbitraje del 2003 (art. 23), que influida por el artículo 17 original de la Ley Modelo¹³, reconoció la competencia que, salvo acuerdo en contrario de las partes, tienen los árbitros en España para "...adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio...". Sin embargo, esta ley no incluyó la facultad de los árbitros para decretar medidas

- 12 En la doctrina se criticaba que la LEC 1/2000 no reconociera a los árbitros la competencia para adoptar medidas cautelares en el arbitraje, y se proponía que la misma fuera reconocida en la futura regulación arbitral. Así, NAVARRO PALACIOS, M.: "Medidas cautelares y arbitraje", en *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, xxii *Jornadas de Estudio*, 20, 21 y 22 de septiembre de 2000, Madrid, Ministerio de Justicia, Santander Central Hispano, 2002, pp. 758-762, que dice: "En nuestra opinión, no existen razones definitivas e institucionales para impedir el conocimiento y adopción de medidas cautelares por el árbitro que conoce una controversia. Sólo el Derecho positivo lo impide. Abonan su posibilidad obvias razones de conocimiento directo de la cuestión en todos sus aspectos, y también de rapidez y economía para conseguir, en definitiva, la efectividad plena del laudo que dicten, sin perjuicio de la ejecución de las adoptadas corresponde a la jurisdicción civil".
- 13 Este artículo original (enmendado en el año 2006), ha sido seguido por varios ordenamientos jurídicos que replicaron el mismo en sus legislaciones arbitrales, entre otros: Swedish Arbitration Act 25(4); Código de Procedimiento Civil Austriaco ZPO 593(1); Japanese Arbitration Law n.º 138/2003, artículo 24; New Zealand Arbitration Act first Schedule, artículo 17 (por Arbitration Amendment Act 2007); Canadian Commercial Arbitration Act, artículo 17; Código Judicial Belga, artículo 1696(1); Decreto 67/1995 de Guatemala, artículo 22; Ley 540 de 2005, de Mediación y Arbitraje de Nicaragua, artículo 43; Decreto Ley 5/1999 de Panamá, artículo 24; Ley 1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación de Bolivia, artículo 35; Código de Comercio de México, artículo 1433; Ley de Arbitraje y Mediación de Paraguay n.º 1879/02, artículo 20; Decreto Legislativo 1071/2008 de Perú, artículo 47; Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, artículo 26; Ley 19.971 de Chile, artículo 17.

cautelares *ante causam*, lo que llevó a la doctrina española, en su momento, a estudiar si tal silencio legal estaba o no justificado.

El punto de partida para este estudio no pudo ser otro diferente que el que para conceder tales medidas era necesario que el Tribunal arbitral estuviera constituido cuando se solicitaran las mismas y, por las dificultades obvias de que esto ocurriera en sede arbitral, y las posibilidades casi irreales de que aquello se materializara, se concluyó que en efecto la restricción legal se encontraba justificada¹⁴.

En todo caso, la regulación de la Ley 60/2003 significó una ampliación en la atribución de la competencia para adoptar medidas cautelares en el arbitraje, toda vez que ya no solo serían los jueces quiénes podrían decidir sobre las mismas, sino también los árbitros¹⁵.

Así, desde la propia Exposición de Motivos de la actual Ley de arbitraje se contempló que: “Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal”¹⁶, lo que posteriormente se plasmó en los artículos 8.3 y 11.3 de dicha ley –asumidos luego por la jurisprudencia¹⁷–: el

14 Ver por todos, BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1105-1107.

15 Tal duplicidad de competencias está contemplada, por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 23; en el artículo 19 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR/CMC/DEC. n.º 3/98; en el artículo 31 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ciudad de México.

16 Vale la pena señalar que el principio de buena fe procesal se encuentra recogido en el artículo 247.3 LEC 1/2000, que, consagra que en caso de incumplimiento del mismo los jueces podrán imponer “...una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio”.

17 En este sentido, la SAP Barcelona (secc. 15) n.º 55/2010, de 4 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2010/278073); el AAP Madrid (secc. 28), de 8 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/472837); el AAP Guipúzcoa (secc. 2) n.º 2026/2007, de 8 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2007/137519); el AAP Castellón (secc. 3) n.º 267/2007, de 4 de junio,

primero, al señalar el juez competente para la adopción de medidas cautelares; y el segundo, copia casi literal del artículo 9 Ley Modelo¹⁸ –que ya se recogía en el artículo vi.4 del *Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961*¹⁹–, al indicar que el convenio arbitral no impedirá a las partes acudir ante un juez, antes o durante un proceso arbitral, para solicitar la adopción de tales medidas²⁰.

En aquellas materias en donde la rivalidad entre jueces y árbitros puede llegarse a presentar, el legislador se ha encargado de establecer la debida independencia competencial. Nos referimos al caso concreto del proceso concursal, en donde el artículo 8 Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* (en adelante Ley concursal), que se refiere a la competencia “...exclusiva y excluyente...” de los Jueces Mercantiles, dispone en su numeral 4, a partir de su modificación por la Disposición Final 3.1 Ley 11/2011, que estos conocerán de las medidas cautelares que afecten el patrimonio del concursado sin perjuicio de las que puedan decretar los árbitros durante un procedimiento arbitral en el que el concursado sea parte. Esta disposición tiene eco en el artículo 86 ter.1.4)

B. D.: Westlaw (JUR 2007/321659); el AAP Islas Baleares (secc. 3), n.º 32/2006, de 13 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2006/ 88582); la SAP de Málaga (secc. 5) n.º 946/2005, 19 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2006/30415).

- 18 Aún existen países que no siguen en este sentido lo propuesto por la CNUDMI, es el caso por ejemplo de Jordania (Jordanian Arbitration Law n.º 31 of 2001), en donde se dispone que la presentación de una demanda por aquel que haya suscrito un acuerdo arbitral, es una “*irrefutable presumption*” de la renuncia al arbitraje, sin que tenga validez retractarse de la demanda. Ver Laudo CCI, Caso n.º 10904/2002 en ARNALDEZ, J.-J.; DERAIS, Y.; HASCHER, D.: *Collection of ICC Arbitral Awards. 2001-2007*, ob. cit., pp. 363-382; BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 153-161.
- 19 Sobre este artículo ver: LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 93-97.
- 20 Siguiendo a DONOVAN, D.: “The allocation of authority between courts and Arbitral Tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, en *New horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p. 207: “This provision does not expressly confer power on courts to order interim measures, but that power is generally considered to be implicit in the provision”.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), modificado a su vez por el artículo único 3 Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo.

A pesar del respaldo normativo hasta ahora presentado, la doctrina con razón recomienda que desde un primer momento aparezca en el convenio arbitral la potestad cautelar de los árbitros, para así evitar, en torno a tal posibilidad, conflictos entre las partes²¹. En todo caso, esto es solamente una opinión y en ningún caso constituye una obligación para las partes, ellas son libres de incluir o no una disposición en su convenio arbitral que haga referencia a la autoridad de los árbitros para adoptar medidas cautelares.

Son dos las razones que justifican que los árbitros sean competentes para adoptar medidas cautelares. La primera de tipo dogmático, se apoya en que el proceso cautelar está integrado por dos apartados funcionales, el primero supone la declaración de la cautela y el segundo la ejecución de la misma. Siendo que los árbitros gozan de la autoridad para decir el derecho en el caso concreto, debe entenderse que también son competentes para cumplir aquella función declarativa dentro del proceso cautelar. Por otra parte, el segundo argumento es de tipo pragmático y se asienta en la confianza en el arbitraje y en los árbitros, en donde juega un papel muy importante la CNUDMI, que en aras de armonización de las legislaciones de sus países miembros, propone en la Ley Modelo la adopción de las cautelas por los árbitros como un voto de confianza en la institución arbitral.

En conclusión, debemos señalar que mientras en Colombia dependiendo del tipo de arbitraje, nacional o internacional, solamente los árbitros o incluso también los jueces pueden conocer de las medidas cautelares; en España, tanto

21 REVERÓN PALENZUELA, B.: "Comentario al artículo 23", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), AA. VV., Barcelona, Bosch, 2004, pp. 459-460.

los árbitros como los jueces, sin prelación de uno o de otro, y sin que interese el ámbito en el que el mismo se desarrolle, comparten la facultad para adoptar tales medidas en el proceso arbitral²², e incluso estos últimos podrán conocer de estas antes de iniciado el mismo²³.

2. El árbitro como órgano suficiente o insuficiente para adoptar medidas cautelares

Se hace necesario analizar si los árbitros, como directores del procesal arbitral que son, se bastan a sí mismos con ocasión de la adopción de las medidas cautelares o, por el contrario, necesitan de la jurisdicción, lo que justifica la participación de los jueces en el arbitraje.

El arbitraje, como sistema de resolución de controversias, es incluso más antiguo del que conocemos hoy como proceso judicial; pero, debido a distintos vaivenes de la historia

22 Así se contempla también, entre otros, en el Código de Procedimiento Civil Alemán (ZPO), secciones 1033 y 1041 (1), que siguen respectivamente los artículos 9 y 17 de la Ley Modelo. También en “The Arbitration and Conciliation Act” de la India (arts. 9 y 17).

Una situación similar se presentaba en el ordenamiento jurídico francés, en el que aun cuando el “Code de Procédure Civile” no se refería como tal a la posibilidad que tienen los árbitros de adoptar medidas cautelares, la doctrina coincidía en que no había impedimento legal para hacerlo. Al mismo tiempo, la parte interesada podía acudir al ‘juge des référés’, para que este se encargara de tales medidas, sin que esto supusiera renuncia al arbitraje. Sobre las ventajas de ir ante uno u otro, ver, DELVOLVÉ, J. L.; POINTON, G.; ROUCHE, J.: *French Arbitration Law and Practice. A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2.^a ed., The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, pp. 117-122. Sin embargo, la situación en Francia cambia con la reforma de enero 13 de 2011 (Decree n.º 2011-48), que entró en vigor en mayo de 2011, que crea la figura del ‘juge d’appui’ en cabeza del Presidente del Tribunal de Gran Instancia, competente, entre otras, para adoptar medidas cautelares. También en el Código de Procedimiento Civil de Austria, artículo 585, se señala la no incompatibilidad de solicitar medidas cautelares a un juez con ocasión de un arbitraje; en el mismo sentido, el artículo 1051 del Código de Procedimiento Civil de Los Países Bajos.

23 En todo caso, se suprimió en la Ley 60/2003 la posibilidad que se contemplaba en el artículo 50 Ley 36/1988 sobre la adopción de una medida cautelar durante la impugnación de un laudo arbitral.

jurídica del mundo occidental, su uso cayó en desuso hasta hace menos de 80 años, cuando poco a poco la institución ha ido resurgiendo bajo la rúbrica de un '*sistema alternativo de resolución de controversias*'. No es este el lugar para exponer el camino recorrido por el arbitraje para aparecer de nuevo en la escena jurídica de los distintos países; sin embargo, sí se puede afirmar que al arbitraje le ha faltado fuerza en su resurgir. Se le ha visto como menos²⁴, como la alternativa a las falencias del sistema judicial, y no como lo que realmente es, un mecanismo más de resolución de controversias.

Sin duda, otro de los factores que ha influido en el, porqué no, desvalor del arbitraje, es el que sus directores, los árbitros, deban su capacidad para resolver el conflicto a la voluntad de las partes -quienes antes han debido ser facultadas por la Ley para el efecto-, lo que al mismo tiempo significa que no gocen, salvo tratamientos legales excepcionales, de la *potestas* que le permite a los jueces tener injerencia en la esfera jurídica de las personas; y, por tanto, que sus decisiones solo tengan efectos entre las partes²⁵.

Pues bien, la sumatoria de los dos factores anteriormente expuestos ha supuesto que el arbitraje carezca de una verdadera independencia y, en consecuencia, se ligue necesaria-

24 Un ejemplo es el artículo de GAVIRIA GUTIÉRREZ, E.: "*Algunos aspectos del arbitramento*", en *Temas de derecho procesal (civil y comercial)*, II Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Krucigrama, 1980, p. 256, que expresamente dice: "*Con lo anterior queremos significar que el arbitraje, no obstante las ventajas y cualidades que lo distinguen, no puede representar sino un papel excepcional en el derecho, así lo exigen la ausencia del principio de gratuidad que le es característica, y su forzoso alejamiento de toda disputa cuya materia sea de orden público*".

25 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 297-298. En el mismo sentido: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2003, p. 370; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; HUNTER, M.: *Redfern and Hunter on international arbitration*, 5.^a ed., New York, Oxford, 2009, p. 446; YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 8, 69-70.

mente al proceso judicial, lo que en la práctica no significa nada distinto a que los jueces participen en él.

En los últimos años se ha abogado desde la doctrina²⁶ y algunos estamentos internacionales -por ejemplo la CNUDMI-, por devolverle al arbitraje aquella independencia que nunca debió de haber perdido²⁷. De lo anterior es un claro ejemplo la Ley Modelo, que en su artículo 5 señala que los jueces únicamente intervendrán en el arbitraje cuando la ley así lo disponga²⁸. Al mismo tiempo, un gran número de Estados ha hecho eco de tal posición, al plasmar en sus leyes arbitrales, posteriormente reflejadas en la jurisprudencia de sus Cortes²⁹, normas similares a la anteriormente referida³⁰ que permiten alcanzar el mismo objetivo. Una muestra de esta última situación es *The Arbitration Act inglés* de 1996, que condiciona la adopción por parte de los jueces de las medidas cautelares a la conjunción de unos requisitos específicos determinados en su artículo 44.3, 4, 5, convirtiendo en algo excepcional y subsidiario la participación de estos en el arbitraje, dándole así una verdadera independencia a los árbitros.

Aunque la legislación arbitral colombiana contempla en el ámbito del arbitraje nacional la competencia para adoptar

26 LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2003, pp. 355-362; BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 239-240; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; HUNTER, M.: *Redfern and Hunter on international arbitration*, ob. cit., pp. 440-441; YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 49-54.

27 LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., p. 183.

28 Ver, BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 64-70.

29 Ver, ALVAREZ, H.; KAPLAN, N.; RIVKIN, D.: *Model law decisions. Cases applying the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration (1985-2001)*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2003.

30 Sin pretensión de exhaustividad, "The Arbitration Act" de la India, sección 5.^a y al ZPO alemán, parágrafo 1026.

medidas cautelares en cabeza exclusiva de los árbitros, no es correcto ubicar lo acontecido en este país como paradigma de la corriente *pro* autonomía del arbitraje antes comentada, en la medida en la que la Ley Modelo CNUDMI no ha sido inspiradora del legislador arbitral colombiano en lo que al régimen interno se refiere. El legislador colombiano, desde el Decreto 2279/1989, contempla la adopción de medidas cautelares en el arbitraje en cabeza exclusiva de los árbitros.

Teniendo en cuenta el escenario anterior y siendo que en la adopción de medidas cautelares solamente está en juego la *autoritas* de la que sí gozan los árbitros; y, por tanto, en principio pareciera que solamente serían estos los competentes en esta materia, no pueden pasarse por alto regulaciones como la española y la colombiana en el ámbito del arbitraje internacional, que estipulan que tanto los árbitros como los jueces son competentes para el efecto. La cuestión no es sencilla, precisamente el silencio de la Ley Modelo refleja que la CNUDMI optó porque un tema tan controversial como este, convenía que fuese regulado por los legisladores de cada país³¹.

El punto de partida para estudiar la cuestión antes debatida debe ser el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en función del cual se espera que el legislador se ocupe de dotar al proceso, sea judicial o arbitral, de los distintos instrumentos jurídicos que permitan la verdadera realización de una justicia efectiva en el caso concreto. Al ser la tutela cautelar parte activa e importante en la consecución de tal derecho constitucional, la misma se cumple siempre que se garantice la posibilidad de practicar medidas cautelares en los respectivos procesos³².

31 Ver sobre la materia: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 622-625.

32 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Arbitraje y justicia cautelar", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, p. 25.

Así las cosas, a primera vista se puede decir que autorizar que durante el proceso arbitral sean los árbitros quienes adopten las medidas cautelares, por una parte garantiza no solo el derecho a la tutela cautelar y, en consecuencia, a la tutela judicial efectiva, sino que también colabora con la labor de consolidar la autonomía del arbitraje. Sin embargo, es necesario ir más allá y por lo tanto afirmar que, teniendo en cuenta que una verdadera justicia eficaz comienza a construirse incluso desde antes de iniciarse el procedimiento como tal –presentación de la demanda–, no basta que la tutela cautelar se brinde cuando aquel ya esté en curso, resulta necesario e ideal que incluso previamente a que esto suceda se pueda solicitar el apoyo a la autoridad.

Y es aquí que se puede apostar porque los jueces adopten medidas cautelares antes del arbitraje pero con ocasión de este³³, como a su vez lo hacen los árbitros durante el mismo, por las dificultades prácticas que supone acudir ante los árbitros sin que se halle configurado el proceso arbitral, dado que por su carácter de particulares investidos temporalmente de *autoritas* solamente se les considera como revestidos de la misma cuando se les ha nombrado como tal, lo que no ocurre si la demanda no se ha presentado.

Así, de acuerdo con lo anterior, se entiende el porqué la Ley Modelo (art. 9) cuando contempla que las partes puedan ir ante los jueces para solicitar medidas cautelares, no les permite expresamente a aquellas renunciar a tal posibilidad³⁴.

33 MOLLER, G.: "On interim measures of protection and Finnish arbitration law", en *Intercontinental cooperation through private international law*, The Netherlands, Asser Press, 2004, p. 251; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; HUNTER, M.: *Redfern and Hunter on international arbitration*, ob. cit., pp. 445-446; YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., p. 69; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 161-165; TALERO RUEDA, S.: *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, ob. cit., p. 240; DERAINS Y., SCHWARTZ, E. A.: *A guide to the ICC rules of arbitration*, 2.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2005, pp. 294-295.

Una solución alternativa que evitaría que los jueces decidieran las medidas cautelares antes de la causa es la que propone CCI desde el año 1990 bajo el título de Procedimiento Precautorio Prearbitral (en inglés, *pre-arbitration référé*)³⁵, en virtud del cual las partes pueden solicitar tales medidas a un “tercero” nombrado por ellas o por la institución, siempre que así lo hayan acordado previa y expresamente³⁶. Una alternativa similar es la que contiene la American Arbitration Association (AAA) en sus reglas de arbitraje comercial—enmendadas en el año 2009—, específicamente en las “*Optional Rules for Emergency Measures of Protection*” O-1-8, que precisamente contemplan el nombramiento de un “*emergency arbitrator*” en los eventos en los que una parte demuestre el interés en que se practique una medida cautelar antes de constituirse el Tribunal arbitral, siempre que tal alternativa la hubiesen acordado previamente las partes³⁷.

Una previsión semejante a las anteriores está contemplada en el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, vigente desde el 1 de enero de 2010, que en su apéndice II dispone en diez artículos lo referente al “*emergency arbitrator*” para adoptar medidas cautelares

34 DONOVAN, D.: “The allocation of authority between courts and Arbitral Tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal”, en *New horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ob. cit. p. 209. En todo caso se encuentran regulaciones como *The Arbitration Act* ingles de 1996 que en su artículo 44.1 dispone, en sentido contrario, que: “Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings”.

35 Contenido en un Reglamento del mismo nombre, disponible en [www.iccwbo.org/court/arbitration/id5101/index.html].

36 GAILLARD, E.; PINSOLE, P.: “The ICC Pre-Arbitral referee: the first practical experiences”, en *Arbitration International*, vol. 20, n.º 1, 2004, pp. 13-37; En BEECHY, J.; KENNY, G.: “How to control the impact of time running between the occurrence of the damage and its full compensation: complementary and alternative remedies in interim relief proceedings”, en *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration* (eds. DE LY, F.; LÉVY, L.), ob. cit., pp. 122-124.

37 Para un estudio pormenorizado de los “*emergency arbitrator*” ver YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 113-157.

antes de la constitución del Tribunal arbitral; sin embargo esta, a diferencia de la AAA, no exige acuerdo previo de las partes en relación con el nombramiento de tal árbitro³⁸.

Al hilo de lo anterior, en todo caso, también podría defenderse la tesis contraria: no adopción de medidas cautelares *ante causam* en el arbitraje, bajo el argumento de que las partes autónomamente han decidido acudir a este, aun a sabiendas de los ‘riesgos’ y renunciando a esto supone; entre ellas, la imposibilidad o, cuando menos, la dificultad de adoptar medidas cautelares antes de iniciado el proceso. También, en función de la autonomía e independencia del arbitraje, cabría alegar que no conviene que el legislador, en *pro de* la materialización de la tutela judicial efectiva, permita que los jueces adopten con ocasión de un arbitraje las medidas cautelares *ante causam*.

A nuestro juicio, si bien es cierto que la autonomía de la voluntad es el motor del arbitraje, no puede desconocerse que este es un mecanismo heterocompositivo con reconocimiento en la Ley; y, por tanto, debe inspirarse en los principios que mueven a aquellos³⁹. En consecuencia, que el legislador pretenda garantizar que en el arbitraje se consiga la tutela judicial efectiva, contemplando tanto la opción judicial como la arbitral para solicitar medidas cautelares, antes de vulnerar la voluntad de las partes, y aun cuando choque con la independencia del arbitraje, lo que consigue es darle la relevancia que las mismas han visto en este cuando lo eligieron como mecanismo por medio del cual resolverían sus controversias; lo que siguiendo a MONTESINOS GARCÍA⁴⁰ “...refuerza la institución arbitral como medio alternativo y eficaz de la Justicia...”, toda vez que se

38 En el mismo sentido, el artículo 42 del Reglamento del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (NAI por sus siglas en inglés).

39 GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, ob. cit., p. 132.

40 MONTESINOS GARCÍA, A.: *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, p. 319.

transmite a las partes un mensaje de confianza y seguridad en el arbitraje, como proceso por medio del cual se puede encontrar la tutela judicial efectiva.

Además, y aunque resulte un planteamiento subjetivo, no debe desconocerse lo que la doctrina ya ha señalado respecto a la reticencia de los árbitros de dictar en la práctica medidas cautelares, debido al temor que tienen de ser responsables si llega a resultar vencedor el demandado cautelar⁴¹, lo que evidencia la necesidad de un cambio cultural en los profesionales que se desempeñan como árbitros.

Así las cosas, consideramos adecuado buscar una herramienta que permita a las partes en un arbitraje futuro disfrutar de la tutela cautelar que se supone repercutirá favorablemente en la resolución del conflicto existente entre ellas. Precisamente, atrás mencionábamos dos alternativas posibles: el conocimiento de tales motivos por parte de los jueces, tal como se establece en el régimen español; y la propuesta por la CCI, que supone acudir ante un tercero para que sea este el que decida sobre tal medida.

De las dos opciones anteriores, y partiendo del presupuesto de que ambas comparten el objetivo de otorgar tutela cautelar a las partes en un arbitraje incluso desde antes de que se constituya el Tribunal arbitral; debemos afirmar que para la independencia del arbitraje, sin duda la más conveniente es la propuesta por la CCI, toda vez que el tercero es un particular que surge en el seno mismo de la institución arbitral. Sin embargo, si se quiere extrapolar tal solución a otros ordenamientos legales, no podrá adoptarse sin más si se tiene en cuenta lo siguiente.

De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI, cuando las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del “tercero”

41 MONDRAGÓN-LÓPEZ, O.: “Medidas cautelares ex-parte en arbitraje internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 10 de febrero de 2006. B. D.: [www.servilex.com.pe].

este deberá ser designado por el Presidente de la Institución arbitral en la que el arbitraje vaya a ser administrado, lo que aplicado a los casos en los que se trate de un arbitraje *ad hoc*, supone limitar la práctica de las medidas cautelares *ante causam* a los casos en los que las partes determinen el tercero, ya que de lo contrario no habrá quién lo nombre; y, en consecuencia, no podrán decretarse las medidas cautelares. Además, esta opción no satisface la necesidad de la tutela cautelar cuando los efectos de las medidas que se requieren no van dirigidas a las partes del proceso sino a terceros, ante quienes los árbitros no tienen autoridad por no haber estos suscrito el convenio⁴²; en consecuencia, aun cuando se puede contemplar la posibilidad de que sean terceros quienes decidan sobre las medidas cautelares, consideramos indispensable que también se le permita a las partes acudir ante los jueces para resolver sobre las mismas, de lo contrario se limitaría la tutela cautelar y, con ello, la tutela judicial efectiva.

Aceptando que los jueces conozcan sobre medidas cautelares *ante causam*, sale a flote el deber de encontrarle justificación a la competencia que estos tienen en materia medidas cautelares incluso durante el arbitraje -como en efecto sucede en el ordenamiento jurídico español y en el colombiano en materia del arbitraje internacional-, como quiera que de esta ya gozan los árbitros, titulares de *autoritas*, como directores del proceso arbitral que son.

Hemos dicho en varias oportunidades que los poderes que tienen los árbitros, debidos a la voluntad de las partes vertida en el acuerdo arbitral, solo pueden ser ejercidos sobre estas y no se extienden a terceros. En consecuencia, resulta conveniente que incluso en aquellas medidas cautelares

42 En este sentido, ver GIMÉNEZ, I.; VENEGAS GRAU, C.: "Artículo 23", en AA. VV.: *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 415-416; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 130-133.

que deban adoptarse con posterioridad a la constitución del Tribunal arbitral, pero que afectan a personas que no han suscrito el convenio, las partes pueden acudir ante los jueces, tal como ocurre actualmente bajo la Ley 60/2003. De tal manera, se respeta efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, a nuestro juicio, la tutela cautelar queda de sobra garantizada al permitírsele tanto a árbitros como a jueces decidir sobre el decreto de medidas cautelares durante el proceso arbitral.

En todo caso, no debe perderse de vista que el derecho anteriormente mencionado debe “acompañarse” con la independencia del arbitraje y la capacidad de los árbitros. ABASCAL⁴³ lo expone claramente cuando dice: “But when the parties agree to arbitrate it is because they wish to exclude, to the maximum extent posible, court intervention”. En otras palabras, es necesario tener presente que las partes escogieron a los árbitros como autoridades para resolver sus conflictos⁴⁴ y, en consecuencia, se supone que estos resultan más idóneos para decidir sobre las medidas cautelares que se les solicitan⁴⁵. Además, también debe tenerse en cuenta que limitar la participación de los jueces en el arbitraje conserva la privacidad propia de este, a la que se renuncia cuando se acude a la jurisdicción⁴⁶.

43 ABASCAL, J. M.: “The art of interim measures”, en *International arbitration 2006: back to basics?* (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), ob. cit., p. 757.

44 En este sentido, LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en el arbitraje nacional e internacional”, en *Diario La Ley*, ref. D-105, t. 3, 2000, pp. 7, 9-10.

45 En sentido contrario, ORTEGO PÉREZ, F.: “La tutela cautelar en el arbitraje”, en *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005, p. 97, para quién el reconocimiento de la competencia cautelar a los árbitros no es importante, ya que lo que realmente interesa es “...el reconocimiento legal expreso de una verdadera tutela cautelar...”, sin que sea relevante que la misma esté en cabeza exclusiva de los árbitros en el ámbito del arbitraje.

46 LAPIEDRA ALCAMI, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., p. 127.

Si se considera lo anterior, a nuestro juicio, debe darse prioridad a la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares⁴⁷, y condicionar y limitar, únicamente cuando sea necesaria la participación de los jueces en el arbitraje con ocasión del decreto de las mismas⁴⁸ –por ejemplo, siempre que se deban tomar medidas dirigidas a terceros ajenos al convenio⁴⁹–, como *supra* se señalaba se contempla en *The Arbitration Act inglés* o como a su turno lo hace la CCI en el artículo 23 de su Reglamento, donde menciona que las partes podrán acudir a una autoridad judicial a solicitar medidas cautelares siempre que existan ‘circunstancias apropiadas’; o el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA por su siglas en inglés) que en su artículo 25.3, al referirse a lo mismo, habla de ‘casos excepcionales’, lo cual significa que convierte esta opción en subsidiaria de la que a su turno realizan los árbitros⁵⁰.

-
- 47 En este mismo sentido, DERAIS Y., SCHWARTZ, E. A.: *A guide to the ICC rules of arbitration*, ob. cit., p. 300, que expresamente señala: “Once the Arbitral Tribunal has been seized, except possibly in cases of extreme urgency or where it is clear that the Arbitral Tribunal could not grant the relief required, the prudent course would therefore probably be to seek the Arbitral Tribunal’s intervention first”.
- 48 En este sentido, entre otros BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 236, 239-240. GOSWAMI, L.: “Interim reliefs: the role of the Courts”, en *International arbitration and National Courts: the never ending story*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2001, p. 125; LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 621-625; YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 86-89; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, p. 1034; LAPIEDRA ALCAMI, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 129-177.
- 49 En sentido contrario, MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, M.: “La potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España”, en *Aranzadi Civil*, n.º 13, 2009, B. D.: [www.westlaw.com], para quién al originarse la potestad cautelar de los árbitros en la ley y no en la autonomía de la voluntad de las partes, “...se amplía el ámbito de la potestad cautelar...”, pudiendo los árbitros, en consecuencia, obligar a terceros ajenos al conflicto.
- 50 Una postura más radical es la del CIADI, que en las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje, establece que la competencia para adoptar

En conclusión, debemos decir que en relación con la competencia para adoptar medidas cautelares en el arbitraje, es conveniente que en la ley se faculte a los jueces para decretar aquellas medidas de carácter *ante causam*⁵¹ y aquellas que vayan dirigidas a terceros; y a los árbitros, para las que deban ser decididas durante el proceso como tal. Y, en todo caso, y aun cuando la Ley arbitral no lo diga expresamente, a nuestro juicio, las partes en un proceso arbitral podrán acordar válidamente que no acudirán a los jueces para solicitar medidas cautelares⁵². Sin embargo, en virtud de la tutela judicial efectiva será necesario salvar la competencia de los mismos para la adopción de medidas cautelares *ante causam* y, por supuesto, para la ejecución de todas las que se adopten durante el proceso arbitral.

medidas cautelares recae en el Tribunal arbitral; y solamente, cuando las partes lo hayan acordado en el convenio, también podrán los jueces ejercer tal facultad (regla 39.6). Esta particularidad del régimen de tal centro arbitral ha sido criticado en la doctrina internacional, ver JAGUSCH, S.; SULLIVAN, J.: "A comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of divergence and Concern", en *The backlash against investment arbitration, perceptions and reality* (eds. WAIBEL M.; KAUSHAL, A.; LIZ CHUNG, K-H.; BALCHIN, C.), AA. VV., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010, p. 92.

- 51 En palabras de LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., p. 367: "National court intervention in such cases is not disruptive, but rather beneficial to the arbitration proceedings".
- 52 Sobre la validez de un acuerdo de las partes de este tipo, ver: BORN, G.: *International commercial arbitration*, vol. II, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, pp. 2051-2053; FRIEDLAND, P.: *Arbitration clauses for international contracts*, 2.ª ed., New York, Juris publishing, 2007, p. 74; LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 617, 620; BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 155-156; WIRTH, M.: "Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland", en *Bulletin 1*, Swiss Arbitration Association, Mars 2000, pp. 40-41; YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 86, 102-105; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 235-241. En contra del mismo: CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 302-303.

3. Jueces competentes para adoptar medidas cautelares

Como consecuencia de la existencia en el régimen arbitral español de la posibilidad de acudir ante los jueces para solicitar el decreto de medidas cautelares cuyos efectos se viertan en un arbitraje, debe estudiarse y analizarse a quienes el legislador les ha otorgado la competencia para el efecto. La misma situación se presenta respecto el régimen colombiano en el ámbito del arbitraje internacional.

3.1. *Presupuesto legal*

El artículo 8 Ley 60/2003 titulado “*Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje*”, se ocupa de establecer en seis numerales quiénes son los jueces que deben conocer del nombramiento y remoción de árbitros, de la práctica de pruebas, de la adopción judicial de medidas cautelares, de la ejecución forzosa del laudo, de la acción de anulación y reconocimiento, antiguamente conocido como *exequátur*⁵³, y de la ejecución de laudos extranjeros.

Salvo en el numeral tercero, donde se dispone lo relativo a las medidas cautelares, en todos los demás se señala expresamente, de acuerdo con el carácter objetivo, el órgano jurisdiccional que es competente. En la cuestión cautelar, al remitirse al artículo 724 LEC 1/2000, solamente se ordena el juez competente territorialmente, sin que se haga mención alguna a la forma de fijar la respectiva competencia objetiva y funcional⁵⁴.

53 Esta era la denominación que recibía en la Ley 60/2003 original, que cambia a partir de la Ley 11/2011, artículo único, que modifica expresamente, entre otros, el apartado seis del artículo 8 de aquella, que contenía el término *exequátur*.

54 Sobre la aplicación de esta norma en el caso concreto, ver el AAP Madrid (secc. 20) n.º 132/2009, de 13 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2009/235428), que dice:

Por su parte, en el artículo 68 de la Ley 1563/2012, se establece el juez competente conforme el carácter objetivo, pero se guarda silencio respecto a la competencia territorial y funcional.

3.2. Competencia objetiva

Sin motivo aparente el legislador español desaprovechó la oportunidad de modificar en la Ley 11/2011 el artículo 8 Ley 60/2003 en lo que respecta a la competencia objetiva para la adopción judicial de medidas cautelares (numeral tercero). El silencio del legislador es aun más desconcertante como quiera que el artículo 8 sí fue objeto de reforma en sus numerales 1, 5 y 6, referidos al nombramiento y remoción judicial de árbitros, ejecución forzosa de laudos, anulación y reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras⁵⁵.

“...este tribunal de segunda instancia entiende que según lo establecido en el artículo 724 de la ley de enjuiciamiento civil, al haberse establecido entre las partes el lugar de sometimiento de la cuestión controvertida a arbitraje en Madrid, debe de considerarse competente territorialmente para conocer del presente asunto, al juzgado de primera instancia de Madrid correspondiente.

Ya que dicho artículo 724 de la ley de enjuiciamiento civil, establece expresamente que cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el asunto deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Debiendo ponerse en relación con lo establecido en el artículo 545.2 del mismo cuerpo legal, que establece que cuando el título sea un laudo arbitral será competente para su ejecución el juzgado de primera instancia del lugar en que se haya dictado (art. 44 de la ley de arbitraje, que recoge que la ejecución forzosa de los laudos, se regirá por lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento civil, y en dicho título).

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el lugar en que se va dictar el laudo es Madrid, por encontrarse previamente a la solicitud de medidas cautelares planteada la petición de procedimiento de arbitraje en esta capital, no cabe duda que el juzgado de primera instancia competente es el de Madrid” (sic).

55 Ver por todos, BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.: “Comentario al artículo 8”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 307-359.

Así, la inexistencia en la Ley 60/2003 y en la LOPJ de alguna referencia expresa a un Tribunal competente para adoptar medidas cautelares, ha obligado y, aún hoy, obliga a interpretar la Ley procesal general para determinar a quién ha investido el legislador con la autoridad para resolver sobre tal tema.

El Título IV del Libro I LOPJ se refiere a la composición y a las atribuciones de los órganos jurisdiccionales, y dispone en el artículo 85 que los Juzgados de Primera Instancia conocerán de todos los juicios que no vengan atribuidos por dicha Ley a otros juzgados o tribunales, norma que interpretada sistemáticamente con el artículo 9.2 del mismo catálogo legal, dispone que “los tribunales y juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”, ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia, desde que entró en vigor la Ley 60/2003, a asumir que son los Jueces de Primera Instancia los competentes para adoptar medidas cautelares en el arbitraje.

Sin embargo, en virtud de la reforma que la Ley Orgánica 20/2003 de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal*, efectuó sobre el artículo 86ter.2.g LOPJ, la competencia objetiva para adoptar medidas cautelares se vio ampliada, vía interpretación, a los Juzgados de lo Mercantil. De la redacción de su artículo 1 se concluía que estos eran competentes para conocer de aquellos asuntos que el artículo 8 Ley 60/2003 les atribuía a los Jueces de Primera Instancia, siempre y cuando en el proceso arbitral se ventilara alguna de las materias referidas en el artículo de la LOPJ antes citado⁵⁶.

56 El comentado literal g del artículo 86ter.2 LOPJ, había sido introducido a la LOPJ por la Ley Orgánica, de 9 de julio para la reforma concursal (Ley 22/2003), que le otorgaba a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para conocer “... cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación normativa en materia de arbitraje en las materias que se refiere este apartado”, lo

La reforma anterior desencadenó una cuestión problemática. Teniendo en cuenta que el artículo 8.3 de la Ley de arbitraje referido a las medidas cautelares no contemplaba a los Jueces de Primera Instancia como competentes en la materia, ya que como se vio guardaba y guarda silencio al respecto, había que determinar si lo correcto era acogerse al tenor literal de la LOPJ (arts. 9.2 y 85.1), caso en el cual no cabría que los Jueces Mercantiles resolvieran las medidas cautelares o, por el contrario, se debía hacer una interpretación teleológica y permitir que estos sí conocieran de tales eventos.

En la doctrina se apostaba porque en aquellos procesos que los Jueces Mercantiles tuvieran que llevar si fueran a ser resueltos por la vía ordinaria (art. 86.2.ter LOPJ), se les entendiera competentes para conocer de las medidas cautelares en el arbitraje⁵⁷, lo que tenía que estar, en todo caso, sujeto a las posibilidades fácticas que planteaba la propia LOPJ (art. 86 bis)⁵⁸. La razón no era una distinta a considerar que, en aquellos procesos donde se ventilaran pretensiones de carácter comercial, la especialidad de los Jueces Mercantiles sería de gran valor a la hora de tomar decisiones respecto a las medidas cautelares, lo que en efecto redundaría en provecho de la tutela judicial efectiva y el equilibrio entre partes, ya que se evitarían la adopción y práctica de cautelas injustas en dichos procesos.

que acarreaba, siguiendo a BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 185: "...llegar al absurdo de entender que la anulación del laudo, competencia de las Audiencias Provinciales, se estaba atribuyendo a los Juzgados de lo Mercantil".

57 *Ibíd.*, pp. 183-184 y 193. Sin embargo, para BARONA VILAR: "...la mejor solución, en consecuencia, fuere cual fuere la naturaleza de la relación jurídica material sobre la que versare la pretensión objeto del proceso arbitral, sería mantener la atribución de competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia o, en su caso, a la Audiencia Provincial...".

58 En esta materia, ver por todos, BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 8", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, ob. cit., pp. 292-293.

Sin embargo, a partir de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, *complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (en adelante LO 5/2011), no importa la materia objeto del arbitraje, ya que la misma ha derogado el artículo 86ter.2.g y, por tanto, la competencia objetiva para adoptar medidas cautelares en el arbitraje se mantiene, vía interpretación, en los Jueces de Primera Instancia del orden civil. Y es que como se lee en el Preámbulo de la LO 5/2011, lo que se pretendió fue “descargar” a los Juzgados de lo Mercantil “...de cuestiones no estrictamente mercantiles”.

En Colombia, la competencia objetiva para adoptar medidas cautelares en un arbitraje internacional está dada por el artículo 68 Ley 1563/2012, que dispone para el efecto al Juez Civil del Circuito, salvo cuando una de las partes en un arbitraje sea una entidad estatal colombiana, caso en el cual el competente es el Juez Administrativo.

3.3. *Competencia funcional*

Decíamos anteriormente que el artículo 8 Ley 60/2003 no contempla nada respecto a la competencia funcional. Por su parte, el artículo 85.1 LOPJ dispone en términos genéricos la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para “...los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales...”. De acuerdo con lo anterior, nosotros apostamos por una interpretación extensa de tal precepto que permita que el Juez de Primera Instancia competente para adoptar medidas cautelares, también lo sea para resolver la oposición, el alzamiento o modificación de las mismas; pero, lo anterior tiene que ser matizado a partir de la modificación que la Ley 11/2011 realiza sobre el artículo 8.4 Ley concursal, que dispone que el juez del concurso puede intervenir en el arbitraje para suspender o solicitar el alzamiento de

aquellas medidas adoptadas por un Tribunal arbitral, “... cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso”, disposición que analizaremos con detenimiento en el apartado correspondiente al alzamiento contenido en el capítulo tercero.

Por su parte, la Ley 1563 / 2012 solo dispone en el artículo 68 que el Juez Civil del Circuito –o, en su caso, el Juez Administrativo– es competente para la función que a su vez establezca el artículo 71, que a su turno habla de la adopción y el decreto de las medidas cautelares con ocasión de un arbitraje internacional. Sin embargo, y aun cuando en esta norma nada se contempla acerca de las demás actuaciones de autoridad que envuelven la función cautelar (oposición, alzamiento o modificación de las cautelas), nosotros consideramos, en la misma línea de lo señalado *supra* sobre el régimen español, que debe interpretarse que la competencia funcional del órgano jurisdiccional en materia de medidas cautelares con ocasión de un arbitraje internacional, abarca todas aquellas posibles situaciones que giran en torno a las cautelas, desde su concesión, pasando por las posibles situaciones que alteren su configuración y terminando con su extinción.

3.4. Competencia territorial

El artículo 8.3 Ley 60 / 2003 que reenvía al artículo 724 LEC 1 / 2000, establece dos fueros, uno principal y otro subsidiario, que determinan territorialmente quienes son los jueces competentes para conocer de la adopción de las medidas cautelares en el arbitraje.

MARTÍNEZ GARCÍA⁵⁹ apuesta por una interpretación contraria que permita entender, por razones de eficiencia, que

59 MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, ob. cit., p. 204.

la norma de competencia es opcional; planteamiento que aquí queremos acoger teniendo en cuenta que el hecho de que las partes puedan contar con dos alternativas de competencia en una materia cuyo éxito o fracaso en gran medida depende de la celeridad que se emplee en su adopción, no puede hacer cosa distinta que repercutir favorablemente en el buen devenir del arbitraje.

Al interpretarse sistemáticamente la norma especial que ahora se estudia, junto con la norma procesal general que esta sigue, se llega a la conclusión, a nuestro juicio sin dificultad, de que tal competencia territorial deberá ser aplicada tanto para los arbitrajes que se lleven en territorio español, como para los procesos judiciales y arbitrales que se desarrollen en el extranjero, ya que el párrafo segundo del artículo 724 LEC 1/2000 precisa que los fueros que en ella se contemplan se observarán "...cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados"⁶⁰. Al volver sobre el artículo 8.3 Ley 60/2003, comenzamos por señalar que el primer fuero que allí se estipula apunta al lugar en el que se espera que el laudo sea ejecutado, que deberá entenderse referido al juez competente para conocer de la ejecución forzosa de aquel, que según el numeral 4 de esta misma norma, que a su vez sigue el precepto 545.2 LEC 1/2000, será el del lugar donde la decisión arbitral haya sido dictada.

MONTESINOS GARCÍA⁶¹ y LORCA NAVARRETE⁶² son contrarios a este fuero y alegan como fundamento la incertidumbre

60 La redacción de esta norma ha sido criticada por la doctrina, que echa de menos que en la segunda parte de la misma no se especificaran los distintos tribunales que podrían ser: judiciales y arbitrales, sino, se dispusiera en términos generales de "...tribunal extranjero...". Ver, BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 8", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 331-332.

61 MONTESINOS GARCÍA, A.: *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob. cit., p. 322

62 LORCA NAVARRETE, A. M.: *Tratado de derecho de arbitraje*, 6.ª ed., San Sebastián, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003, p. 390.

que se tiene acerca del lugar en el que se debe ejecutar el eventual laudo futuro⁶³. No nos convence este argumento teniendo en cuenta que, cuando se acude a un arbitraje, se presupone el incumplimiento de una obligación previa y se espera se dicte un laudo que ordene el cumplimiento de la misma, sabiéndose muy seguramente el lugar en el que esto deba materializarse.

Así las cosas, el juez territorialmente competente para conocer de las medidas cautelares en el arbitraje será preferentemente el Juez de Primera Instancia, del orden civil, del lugar donde se haya emitido el laudo, que de acuerdo con el artículo 26.1 Ley 60/2003, podrá haber sido convenido por las partes, o por los árbitros cuando estas nada hubiesen dispuesto al respecto⁶⁴.

En subsidio del fuero anterior, y solo cuando este no pueda ser aplicado, según el artículo 8.3 Ley 60/2003 será competente el Juez de Primera Instancia, del orden civil, "... del lugar donde las medidas cautelares deban producir su eficacia...". Por ejemplo, cuando se trate de medidas cautelares *ante causam*, y siempre que las partes no hayan establecido el lugar del arbitraje, ya que hasta ese momento aún no se cuenta con árbitros designados y, por tanto, no se conoce dónde se va a dictar el laudo, será entonces imposible aplicar el fuero principal antes visto. También, por razones obvias, si se trata de un laudo merodeclarativo o constitutivo⁶⁵.

63 Más recientemente, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: "El reformado art. 8 de la Ley de arbitraje", en *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 13, Sección artículos, Primer cuatrimestre de 2012, La Ley 778/2012, B. D.: [www.diariolaley.es].

64 En todo caso, esta regla variará en el caso del arbitraje de consumo, cuando quiera que de acuerdo con el Real Decreto 231/2008 que regula la materia, el arbitraje será institucional. Sobre esta cuestión ver, COLMENERO GUERRA, J. A.: "La intervención del juez en el arbitraje de consumo (RD 231/2008). Medidas cautelares, pruebas, medios de impugnación y ejecución", en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), AA. VV., Madrid, Tecnos, 2010, pp. 311-312.

65 MORAL MORO, M. J.: "Comentario al artículo 8", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 155.

Teniendo en cuenta la diversidad de lugares en los que una medida puede ser eficaz⁶⁶, nos sorprende la ambigüedad de este fuero subsidiario, que deja a la argumentación de la parte y a la interpretación que de esta haga el juez, la determinación de la competencia territorial de este último. A nuestro juicio, sería más conveniente establecer de forma precisa un fuero subsidiario que no diera lugar a divagaciones y elucubraciones, toda vez que no vale la pena que se presenten cuestiones de competencia en materia cautelar, que solo retardarían la adopción y práctica de las mismas, cuando precisamente lo que se quiere es celeridad en la materia. Podría plantearse, por ejemplo, que la residencia del solicitante de la medida cautelar fuese tal fuero que, sin dudarlo, proporciona mayor certeza que el actualmente recoge la Ley 60/2003.

Por su parte, en el artículo 68 de la Ley 1563/2012 no se plantea disposición alguna en torno a la competencia territorial de aquellos que se señalan como jueces competentes: el Juez Civil del Circuito y el Juez Administrativo. En consecuencia, se haría necesario recurrir a las normas generales establecidas en el artículo 28 del Código General del Proceso (CGP) que fija distintos criterios generales y específicos para definir la competencia territorial, dependiendo estos últimos del objeto mismo de la controversia.

3.5. Cuestiones de competencia y prejudicialidad

Nada dice la Ley 60/2003 en torno a la forma como deben resolverse los conflictos de competencia que puedan surgir al momento de solicitarse ante un juez una medida cautelar, a propósito de un proceso arbitral. Tampoco, acerca de las cuestiones de prejudicialidad que se presenten entre los jueces, por razón de la solicitud simultánea que se haga de la adopción de una cautela.

66 En esto coinciden los autores, ver BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 194-195 y ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., p. 240.

En consecuencia y debiendo hacer una interpretación analógica de lo que al efecto dispone la LEC 1/2000, diremos que para resolver lo relacionado con la competencia deberá aplicarse el artículo 725 de aquella⁶⁷, y para efectos de la prejudicialidad habrá que estarse a lo dispuesto por su artículo 43.

Como bien lo ha dicho la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 28) en el auto n.º 208/2009, de 11 de diciembre:

En el ámbito de las medidas cautelares previas a la demanda, como aquí ocurre, el artículo 725 de la LEC remarca la obligación de que el tribunal controle, de modo inexcusable, su competencia objetiva (incluso la territorial si afectase a fuero indisponible), sin que ese control pueda quedar diferido al futuro litigio principal. Se trata, además, de un requisito que incluso resultaría controlable de oficio, si no hubiese sido denunciado en el recurso (lo que la recurrente ha tenido la precaución de hacer) y, por tanto, sin el previo condicionamiento a la promoción de una cuestión de competencia⁶⁸.

El mismo criterio de interpretación antes expuesto aplica para el régimen arbitral internacional colombiano, debido a que debe aplicarse lo dispuesto por el CGP en torno a la materia, esto es, el artículo 139 de tal catálogo legal.

3.6. Posible criterio de delimitación de la intervención judicial: la intensidad de la afectación de los derechos de quien soporta la medida cautelar

La medida cautelar que se solicita con ocasión de un proceso arbitral no constituye, en las legislaciones española y colombiana, un criterio para determinar si procede o no en

67 Ver en doctrina, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 197-199; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS: "El reformado art. 8 de la Ley de arbitraje", en *Revista del Club Español del Arbitraje*, ob. cit.

68 En B. D.: Westlaw (JUR 2010/69287).

el arbitraje la adopción de las medidas cautelares por parte de los jueces. En el régimen colombiano, Ley 1563/2012 se señala la posibilidad de "...ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa..."⁶⁹. Por su parte, el régimen español únicamente hace referencia a las medidas cautelares que los árbitros vayan a adoptar favorablemente, para señalar que estas deberán estar relacionadas con el objeto del litigio⁷⁰.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que por regla general las medidas cautelares suponen una carga en la esfera jurídica de las personas, y que el mayor o menor grado de

69 En el Decreto 1818/1998 artículo 152, solo se contemplaban las medidas cautelares de inscripción de la demanda y secuestro, que, por disposición de aquel artículo, exclusivamente podían adoptarse en los procesos arbitrales cuya controversia versara acerca: "...del dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes". Sobre este aparente listado cerrado de medidas cautelares que se podía aplicar en el arbitraje celebrado en Colombia (numerus clausus) se discutió en la doctrina nacional, e incluso, internacional. A favor de una interpretación amplia de tal precepto, que, en consecuencia, permitiera adoptar otras medidas en el arbitraje distintas a la inscripción de la demanda y al secuestro, ver BEJARANO GUZMÁN, R.: *Procesos declarativos*, ob. cit., pp. 503-504; GAMBOA MORALES, N.: "Arbitraje y medidas cautelares", en *El contrato de arbitraje* (dir. SILVA ROMERO, E.), ob. cit., p. 599. En contra, HERNÁNDEZ VILLAREAL, G.: "Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad enunciación de cautelares?", en *Revista Estudio socio jurídico*, Bogotá, 2007, pp. 184-204; BENETTI SALGAR, J. J.: *El arbitraje en el Derecho Colombiano*, 3.^a ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, Kimpres, 2009, pp. 321-323; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, ob. cit., p. 1062; MADRID, M., C. C.: "Medidas cautelares y arbitraje. Especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial", en *Liber Amicorum Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, p. 97. Una posición similar respecto el ordenamiento italiano, ya fue planteada en su momento por CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pp. 67-68.

70 No se enuncia ningún listado taxativo de las medidas que podrán adoptarse, tampoco lo señaló la Ley Modelo. En la doctrina española, en contra de tal silencio, ORTEGO PÉREZ, F.: "La tutela cautelar en el arbitraje", en *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, ob. cit., pp. 98-99. Sobre el silencio en la Ley de la CNUDMI, BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 235-236.

tal 'agravio' dependerá de la medida en sí y de la forma como esta repercute en el demandado cautelar, consideramos que vale la pena analizar si acaso es razonable y porqué, condicionar la adopción de las medidas cautelares por los jueces al grado de injerencia de las mismas en el patrimonio del demandado cautelar.

Partimos de la base de que cada medida cautelar, individualmente considerada, tiene un modo particular de afectar al perjudicado con la misma. Así por ejemplo, mientras la medida cautelar de inscripción de la demanda no saca el bien del comercio en cuya matrícula inmobiliaria se registró el proceso que se cursa⁷¹, las medidas cautelares de embargo y secuestro si hacen lo propio con los bienes sobre los que ellas recaen: la primera, con la anotación respectiva en el registro correspondiente al bien que la soporta, y la segunda, con el retiro de los muebles al tenedor y la entrega de los mismos al secuestro. Así las cosas, es lógico deducir que la escala de perjuicio al demandado cautelar es mayor en las últimas que en la primera.

Al mismo tiempo, de lo inmediatamente expuesto resulta necesario manifestar que se espera y se desea que la carga que supongan las medidas cautelares para el afectado, sea directamente proporcional a los mecanismos -léase recursos- de los que este goce para defenderse de tal imposición.

Sin embargo, al centrarse en el arbitraje se constata que la situación deseable, anteriormente esbozada, no es la regla general, teniendo en cuenta que en principio, salvo la acción de anulación, las decisiones que tomen los árbitros respecto a las cautelas, y salvo particularidades legislativas, no tendrán ningún tipo de recurso.

71 Ya que lo pretendido con esta medida es solo informarle a terceros que sobre tal bien se surte un proceso y, que en consecuencia, la eficacia de cualquier transacción que sobre el mismo se haga estará supeditada al sentido de la sentencia, toda vez que de ser adversa a la parte que realizó el negocio, el mismo quedará sin efectos.

Así las cosas, consideramos que es legítimo plantearse si estaría justificado que en una eventual normativa futura se permitiera que los jueces intervinieran en el arbitraje también, o solamente, con ocasión de la adopción de las medidas cautelares de mayor perjuicio, toda vez que sus decisiones sí podrían impugnarse ante instancias superiores a diferencia de lo que ocurre con las adoptadas por los árbitros. Esto es precisamente lo que sucede en *The Arbitration Act* inglés de 1996, que enuncia taxativamente cuales son las medidas cautelares que pueden adoptar las Cortes (secc. 44.2), todas relacionadas con la propiedad⁷².

Admitir que, en función del grado de afectación de la cautela en la esfera jurídica del demandado cautelar, el competente en el arbitraje para adoptar la misma es el juez, supone plantearse una primera pregunta que devela lo improcedente de aceptar tal situación: ¿cuáles serían los criterios para determinar que una medida cautelar es más o menos gravosa para el demandado cautelar?

Sin duda, lo complejo y, sobre todo, lo ambiguo de la respuesta a esta cuestión, sumado a las preguntas que de esta surgen: ¿quién determinaría tales criterios, el legislador o el intérprete?, no puede arrojarlos a una conclusión distinta a la que: si se abre esta nueva puerta a la intervención judicial en el arbitraje, casi que los jueces podrían terminar por ser los únicos competentes para decidir sobre las medidas cautelares en tal proceso, desplazando así a los árbitros de las funciones que les pertenecen y, al mismo tiempo, se negaría o, por lo menos, se desvalorizaría la *autoritas* arbitral reconocida por la ley.

De esta manera, consideramos importante afirmar que en *pro de* la independencia y la autonomía del arbitraje no se juzga conveniente que, en razón de la 'gravedad' que

72 También enlista las medidas que pueden estas adoptar, entre otras, *The Arbitration Ordinance* de Hong Kong de 1990, enmendada en el año 2000, sección 2GC (1).

una medida cautelar supone para el que la soporta, se deba impulsar el decreto de las medidas cautelares por los jueces en este mecanismo de resolución de controversias. Hacer algo en línea con lo anterior supondría analizar el arbitraje a partir de la inseguridad que se le tiene al mismo, lo que conllevaría a condenarlo al fracaso. Si se admite la tutela cautelar arbitral es porque se cree que el árbitro es competente para resolver ambas cuestiones: la principal y la cautelar, hacer distingos de tal clase no solo implica una clara desconfianza en el arbitraje con diversidad de tratamientos jurídicos, sino también puede acarrear su ruina.

Una cuestión diferente sería que las partes fueran quienes al limitar el poder de los árbitros para conceder ciertas medidas cautelares, le dieran indirectamente mayor relevancia al papel de los jueces en el arbitraje, ya que se obligarían a ir ante ellos para solicitarles aquellas cautelas determinadas en el convenio arbitral. En este caso, la competencia exclusiva de los jueces estaría patrocinada por la voluntad de las partes, y en esa medida, legitimada.

Esta situación es la que se presenta en la mayoría de países que, al seguir la Ley Modelo, establecen que los árbitros podrán adoptar medidas cautelares, salvo acuerdo en contrario de las partes. Sin embargo, vale la pena señalar el ZPO austríaco, que en su sección 593 contempla de manera aún más específica y particular a lo anterior, cuando señala la libertad de las partes de acordar limitaciones o restricciones a los árbitros en torno a la adopción de medidas cautelares.

4. La duplicidad de solicitudes (juez-árbitro)

Siendo una opción legal totalmente válida permitir que las partes en un arbitraje soliciten a los árbitros y jueces, indistintamente, la adopción de medidas cautelares, tal como sucede en el régimen arbitral español, y en el colombiano respecto del régimen arbitral internacional, es necesario analizar la forma en la que debe operar esta ventaja legal,

así como los límites materiales de su ejercicio y, por ende, de las consecuencias que se derivan cuando estos se superen.

Hay que comenzar diciendo que la base para entender cómo se espera que se ejerza aquella alternativa competencial, debe ser la tutela judicial efectiva⁷³, que al ser el objetivo intrínseco perseguido por la función cautelar envuelve todo aquello que rodea el decreto de medidas cautelares, en este caso, precisamente, lo que tiene que ver con la autoridad ante quien se va a intentar su adopción.

Con la intención de precisar aún más la brújula que debe guiar el uso de la duplicidad que contempla el legislador, en este caso el español, en materia de competencia para adoptar medidas cautelares, al hacer una aproximación a lo planteado para el efecto por aquel en la Ley 60/2003, encontramos que, conforme a su Exposición de Motivos, esta coexistencia de competencias debe ejercerse de acuerdo con el principio de buena fe procesal.

En consecuencia, la duplicidad de solicitudes juez-árbitro en el régimen arbitral español, debe interpretarse conforme el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de buena fe procesal.

La posibilidad que tienen las partes de ir indistintamente ante jueces y árbitros a solicitar la adopción de las medidas cautelares, da lugar a:

1. Que las partes acudan de forma paralela donde unos y otros a presentar la solicitud de adopción de la misma medida cautelar⁷⁴.

73 En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, ob. cit., p. 1025.

74 Por razones gramaticales, preferimos utilizar el término paralelo a simultáneo, toda vez que aun cuando con ambas palabras se logra dar a la frase el mismo significado, siendo rigurosos con el lenguaje no podría emplearse el término simultáneo cuando lo que se quiere es hacer referencia a situaciones como la siguiente: que un par de días después de haber solicitado la cautela ante la jurisdicción, se presente la misma ante los árbitros. Allí habrían dos peticiones paralelas, más no simultáneas.

2. Que con posterioridad a una decisión, judicial o arbitral, de desestimación de la petición cautelar, el demandante insatisfecho insista en obtener la cautela, presentando idéntica solicitud, esta vez ante aquel que no ha conocido de la anterior.

Esta segunda situación, aparentemente enmarcada en la Ley 60/2003, tiene un elemento diferenciador de la hipótesis esbozada en el primer numeral: la existencia de una decisión cautelar previa. En consecuencia, y en función de esta investigación, se analizará en el capítulo tercero sobre la decisión cautelar.

Aquí se estudiará la primera situación planteada, siempre que sea el Tribunal arbitral o la demandada cautelar quienes se den cuenta de la presentación paralela de solicitudes idénticas. El supuesto en el que el juez es el primero que se percata de aquella duplicidad, es otro tema que se revisará en este mismo capítulo en el apartado correspondiente al procedimiento cautelar.

4.1. Lo indebido de las pretensiones cautelares

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, y tal como se dijo en su momento, la posibilidad legal de solicitar las medidas cautelares en el arbitraje debe ejercerse conforme al principio de buena fe procesal. Este principio supone que si bien en un proceso cada parte aboga por sus propios intereses, las acciones que se ejecuten para conseguirlos deben ajustarse no solamente a la ley, sino también a aquellos que subyacen a esta.

Así las cosas, cuando una parte en el arbitraje solicita de forma paralela a la jurisdicción y al Tribunal arbitral la adopción de una medida cautelar idéntica, a nuestro juicio, está ejerciendo sin mesura la alternativa legal que ahora se comenta. Con tal actuación únicamente está velando por sus intereses, sin tener en cuenta lo excesivo y costoso que resulta, tanto para la jurisdicción como para el propio pro-

ceso arbitral, solicitarle a ambos, al mismo tiempo, idéntica pretensión. Igualmente, está ignorando las vicisitudes que pueden presentarse si en el proceso se actúa de tal manera, piénsese por ejemplo en el conflicto que originaría la existencia de dos decisiones cautelares contradictorias sobre unas medidas exactas entre sí.

Coincidimos con la doctrina⁷⁵ porque consideramos que lo anterior demuestra que no resulta ajustado a la Ley solicitar paralelamente a árbitros y a jueces una medida cautelar idéntica. Tal actuación contraría el principio de la buena fe procesal y, debido al tiempo que toma resolver dos solicitudes cautelares iguales, perjudica la celeridad del arbitraje.

Sin embargo, el legislador español ignoró lo expuesto *supra*⁷⁶, y no estableció ningún instrumento para disuadir a las partes de actuar en contra de aquel principio procesal; por ejemplo, hubiese podido disponer la no ejecución del laudo cautelar siempre que con anterioridad se hubiere solicitado a los jueces la medida que ahora se pretende, tal como lo contempla el ZPO alemán en su párrafo 1041.2.

Tampoco estableció alguna solución para aquellos casos en los que se obra en contra de la buena fe debida en el proceso, es decir, cuando el demandante cautelar presenta una solicitud ante el árbitro, para luego, de forma casi simultánea, hacer lo mismo ante un juez; o en sentido contrario, eleva primero su petición ante este, para después ir al Tribunal arbitral.

En todo caso, sin importar ante quien se eleva inicialmente la solicitud, el peticionario podrá comunicar la duplicidad comentada tanto a los árbitros como a los jueces, bien porque voluntariamente así lo decide, o bien porque

75 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 311; MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 164.

76 En este sentido, PÉREZ DEL BLANCO, G.: "La modificación de la competencia objetiva en la intervención judicial en el arbitraje", en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011* (dir. DAMIÁN MORENO, J.), AA. VV., ob. cit., p. 308.

así –hipotéticamente– se lo ordena la ley o el reglamento del centro de arbitraje al que encargó la administración de su controversia, en este sentido lo contempla, por ejemplo, el Reglamento de LCIA en su artículo 25.3 que expresamente dice: “...Any application and any order for such measures after the formation of the Arbitral Tribunal shall be promptly communicated by the applicant to the Arbitral Tribunal and all other parties...”⁷⁷.

4.2. Posibles actuaciones arbitrales ante el conocimiento de la duplicidad de solicitudes

Teniendo en cuenta las implicaciones que el desarrollo paralelo de las solicitudes cautelares puede acarrearle al arbitraje, no es conveniente que al ser el árbitro quien primero se da cuenta de la duplicidad de solicitudes presentadas ante el juez y ante él, haga caso omiso de esta situación.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, somos conscientes de que la ausencia de disposición legal expresa que le indique al árbitro la forma en que debe actuar, implica que en la práctica cada Tribunal arbitral realice lo que considere más pertinente, pero, aun así, es necesario señalar algunas posibles acciones que podrían tomarse, cada una con vertientes positivas y negativas:

Primera. Amparándose en el silencio normativo el Tribunal arbitral está en libertad de ignorar tal situación, y continuar con la solicitud de adopción de la medida cautelar y con el proceso arbitral.

Esta actitud nos parece una salida perjudicial para el desarrollo del arbitraje, porque aun cuando en este caso no

⁷⁷ En BEECHY, J.; KENNY, G.: “How to control the impact of time running between the occurrence of the damage and its full compensation: complementary and alternative remedies in interim relief proceedings”, en *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration* (eds. DE LY, F.; LÉVY, L.), ob. cit., pp. 103-104.

hay norma que indique la manera de proceder, si hay una premisa legal que presupone la buena fe de las partes en el ejercicio de la solicitud de medidas cautelares, y en ese sentido bien podrían los árbitros ampararse en la misma para suspender el trámite que sobre las cautelas actualmente realizan, o bien comunicarle al juez la solicitud presentada ante él. De cualquier manera, hacer caso omiso dista del que se espera sea el papel de los árbitros como directores del proceso arbitral.

Segunda. Los árbitros podrán dirigir escrito al juez que conoce de la petición, reclamándole no continuar conociendo de esta por encontrarse en ese momento en trámite ante ellos idéntica solicitud.

Frente a dicha comunicación es evidente que si bien podría esperarse una decisión favorable del juez amparado en la buena fe procesal que se predica de la actuación de las partes, también podría suceder que al alegar la inexistencia de autorización expresa de la ley para suspender el proceso cautelar, decidiera continuar conociendo de la causa o, simplemente, guardara silencio y siguiera adelante con el proceso.

En los dos últimos eventos (respuesta negativa por parte de los jueces o silencio judicial), y salvo que los árbitros decidieran suspender el trámite de adopción de medidas cautelares, se corre el riesgo de contar con dos decisiones opuestas acerca de la adopción o no de estas, con las consecuentes dificultades de orden práctico que ello conlleva al momento de ejecutar las mismas. Piénsese, por ejemplo, en el malestar que se genera al interior del arbitraje si el Tribunal arbitral se enfrenta a tener que ‘aceptar’ que en su proceso exista una tutela cautelar que previamente consideró que no tenía lugar.

De cualquier modo, en los términos inicialmente planteados, la petición que los árbitros enviarán a los jueces debe estar enmarcada en una norma que así lo disponga.

La inexistencia actual de un precepto en dicho sentido dificulta la justificación de la actuación de los árbitros en tales términos, y facilita que de llegar estos a obrar de tal forma se les tilde de ser excesivamente intervencionistas o, incluso, autoritarios.

Tercera. Apoyándose en el principio de buena fe procesal y en la celeridad del arbitraje, los árbitros posiblemente decidan suspender el trámite de adopción de una medida cautelar que se desarrolla al interior del proceso arbitral, con el objetivo de que se surta el que se está tramitando frente a los jueces, para así lograr un proceso arbitral sin abusos de los instrumentos legales.

Esta solución que en todo caso no se haya contemplada en la Ley arbitral, ocasionaría toda una serie de críticas fundadas en la actuación excesiva de los árbitros al establecer cortapisas a la tutela cautelar, y en los daños y perjuicios que con la misma se ocasionarían al solicitante de la medida.

Cuarta. El Tribunal arbitral puede convocar una audiencia para comunicar al demandado cautelar la coexistencia de ambas peticiones o litispendencia cautelar. Allí decide bien la continuación del procedimiento con advertencia a la parte que actúa de mala fe o bien la suspensión del mismo.

A diferencia de las opciones vistas *supra*, en esta los árbitros no se abrogan la decisión unilateral respecto a la duplicidad de solicitudes; al contrario, ante la falta de directrices legales al respecto, acuden a la voluntad de las partes para que sean estas quienes determinen el camino que se debe seguir.

Frente al variopinto abanico de actuaciones esbozadas anteriormente (como posibles reacciones arbitrales ante el conocimiento de la duplicidad de peticiones de las mismas medidas cautelares) debido al silencio normativo que existe en la materia, consideramos que lo más conveniente es que se contemple en la ley una disposición que prohíba, expresamente, la facultad de presentar de forma paralela ante jueces y árbitros idéntica solicitud de medida cautelar,

determinándose qué, de llegar a suceder, la petición a la que se le dará trámite será aquella que primero sea presentada⁷⁸. Para ello conviene que se disponga que la autoridad se percate de tal situación, ponga en conocimiento de la otra competente inmediatamente lo sucedido, para en conjunto determinar cuál es la que debe continuar⁷⁹.

Es importante que se refiera a una solicitud cautelar idéntica, en cuanto solo en este supuesto existiría efectivamente litispendencia. Entendemos que de demandarse dos medidas sin que concurren entre ellas los mismos presupuestos, la prohibición no debería existir, pese a la extraña situación que podría generarse desde el punto de vista procesal.

4.3. Posibles actuaciones de parte ante el conocimiento de la duplicidad de solicitudes

Es posible encontrarse en un escenario en el que sea el demandado cautelar quien pretenda oponerse a la duplicidad de peticiones⁸⁰, bien por considerarlas contrarias a la buena fe procesal o bien en el supuesto en el que subyazca un acuerdo realizado con el ahora demandante de intentar solamente ante una autoridad competente, juez o árbitro, a efectos de solicitar medidas cautelares, lo que excluiría, en consecuencia, la posibilidad que contempla la Ley 60/2003 de acudir indistintamente a uno u a otro.

De llegar a ocurrir este último evento, al presentar dos peticiones idénticas, el demandante cautelar no solo estaría vulnerando el principio de buena fe procesal al que se ha hecho referencia *supra*, sino también lo pactado, base esencial del modelo arbitral, dado que la voluntad de las partes y su

78 En el mismo sentido, WIRTH, M.: "Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland", en *Bulletin 1*, ob. cit., p. 43.

79 En este sentido, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 1167-168.

80 *Ibíd.*, pp. 166-168.

libertad fundan los cimientos del arbitraje como mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias.

En este caso concreto, la Ley 60/2003 no dispone ninguna norma que señale de manera expresa cómo debe actuar el afectado con tal duplicidad, cuando habiendo convenido con su contraparte acudir exclusivamente ante los jueces, aquella intentara la tutela cautelar ante los árbitros. Sin embargo, consideramos que la parte interesada podrá oponerse a la competencia de los árbitros conforme el artículo 22 Ley 60/2003⁸¹.

Si por el contrario se intentara ante la jurisdicción la adopción de cautelas, siendo que las partes habían excluido en el convenio arbitral la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los jueces, será en la audiencia previa en donde se entiende que el ahora demandado cautelar podrá manifestar la duplicidad de solicitudes que, además, defrauda lo convenido (art. 734 LEC 1/2000).

5. Las partes

Todo aquel que tenga el carácter de parte en un arbitraje tiene reconocido el derecho para intentar ante el órgano competente la adopción de medidas cautelares. Así las cosas, al estar asentado el arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, desde un punto de vista teórico podría admitirse la posibilidad de que se pacte libremente la renuncia a intentar del órgano competente la adopción de medidas cautelares⁸².

Sin embargo, a nuestro juicio, solo cabría admitir la validez de un pacto en los anteriores términos, si la dejación

81 VERDERA SERVER, R.; GUZMÁN FLUJA V.; BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 634-636.

82 BORN, G. B.: *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, 3.ª ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010, p. 105.

se restringiera a las solicitudes que se presentaran ante los árbitros, teniendo en cuenta que al estar radicada la competencia de los jueces en la soberanía del pueblo vertida en la Ley, un acuerdo que buscara privar la posibilidad de que aquellos adoptaran medidas cautelares no tendría ninguna validez⁸³.

En todo caso, frente a un hipotético convenio de las partes en el que se vierta la renuncia al derecho de acudir ante los árbitros para intentar las medidas cautelares, seguimos a BORN que dice: “Interim and provisional measures are exceptional remedies, but waiving any right to seek such relief in any circumstances is ordinarily very imprudent”⁸⁴. Y es que teniendo en cuenta que todo aquel que se encuentre en un arbitraje está inmerso en una disputa en la que se entiende que las partes solamente están velando por sus propios intereses, herramientas como las medidas cautelares que precisamente garantizan la eventual ejecución del futuro laudo cobran importancia y, por tanto, resultan vitales para las partes inmersas en aquel conflicto⁸⁵.

83 En sentido contrario, GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, ob. cit., p. 128.

84 BORN, G. B.: *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, ob. cit., p. 105.

85 En este sentido, en el ámbito internacional JAGUSCH, S.; SULLIVAN, J.: “A comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of divergence and Concern”, en *The backlash against investment arbitration, perceptions and reality* (eds. WAIBEL M.; KAUSHAL, A.; LIZ CHUNG, K-H.; BALCHIN, C.), ob. cit., pp. 88-89 que lo expone así: “A reticent or cynical party may also engage in conduct designed to delay or even frustrate the proceedings. In such instance, it is vital that a party has the ability to seek provisional measure”; también, DERAIS Y., SCHWARTZ, E. A.: *A guide to the ICC rules of arbitration*, ob. cit., p. 294; BEECHEY, J.; KENNY, G.: “How to control the impact of time running between the occurrence of the damage and its full compensation: complementary and alternative remedies in interim relief proceedings”, en *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration* (eds. DE LY, F.; LÉVY, L.), ob. cit., pp. 91-92 y GRAHAM, L. E.: “Interim measures – ongoing regulation and practices (a view from the UNCITRAL arbitration regimen)”, en *50 years of the New York Convention* (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), ob. cit., p. 568. En el ámbito nacional, BEJARANO GUZMÁN, R.: *Procesos declarativos*, ob. cit., p. 503.

De otra parte, si bien formalmente el demandado cautelar es restrictivamente una de las partes en el arbitraje, sería un error negar que los efectos de las cautelas que se adopten pueden recaer sobre terceros que a su vez sostengan una relación jurídica con la parte perjudicada con el laudo arbitral cautelar adoptado. En otras palabras, el alcance de las cautelas que con ocasión de un arbitraje se concede, puede llegar hasta la esfera privada de terceros ajenos al proceso arbitral que dio origen a aquellas. Por ejemplo, si con ocasión de un arbitraje en el que se debate la validez de una patente⁸⁶ se concede una medida cautelar de suspensión del uso de la misma, los terceros, ajenos a este proceso arbitral, que hubiesen celebrado con el ahora demandante en el arbitraje un contrato de licencia sobre la patente ahora cuestionada, se verían afectados con tal cautela que les impediría utilizar dicha patente.

II. PROCEDIMIENTO

Que los árbitros, los jueces o incluso ambos pueden ser competentes para adoptar medidas cautelares en un arbitraje, es el resultado de una opción del legislador y, por tanto, habrá que estarse a lo que en cada normativa se disponga al respecto. Sin embargo, dado que teóricamente tanto los jueces como los árbitros gozan de *autoritas* y, en consecuencia, siempre que el legislador los autorice podrán adoptar medidas cautelares, se hace necesario revisar y plantear el procedimiento que tanto el uno como el otro debe llevar a cabo cuando se trate de tal labor.

86 Nos ubicamos en un estadio en el que se admite la arbitrabilidad del uso de patentes. Sin embargo, y en aras del rigor investigador, es necesario señalar que es un tema de debate en la doctrina si esta cuestión es o no arbitrable. Sobre la materia ver, COOK, T.; GARCÍA, A. I.: *International Intellectual Property Arbitration*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010, pp. 62-76.

1. Aspectos relativos al procedimiento arbitral y judicial

Aun cuando aquella "...sucesión de actos..."⁸⁷ que conforma un procedimiento se nutra y particularice de acuerdo con quien la dirige, bien sea el juez o el árbitro, hay dos elementos que indistintamente se presentan en todo procedimiento sin importar quien lo gobierne. Estos son el origen material y temporal de la acción cautelar, de los que a continuación nos vamos a ocupar.

1.1. *Solicitud de parte*

Por regla general, los interesados en proteger la materialización de la sentencia futura en la que se resuelva la controversia, es decir, demandantes y demandados, podrán solicitar al competente la adopción de medidas cautelares⁸⁸. Así lo contempla el legislador colombiano, tanto para el proceso judicial como para el arbitral (Libro IV CGP, y art. 32 y art. 80 Ley 1563/2012). Por el contrario, la normativa española dispone aquella regla general solo para el proceso arbitral (arts. 11.3 y 23 Ley 60/2003), como quiera que la LEC 1/2000 específicamente señala en el artículo 721.1, que quienes podrán solicitar las cautelas en un proceso judicial serán el actor principal y el reconvenional⁸⁹.

También podrán adoptarse, excepcionalmente, medidas cautelares de oficio cuando el legislador lo permita⁹⁰. Por

87 BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional 1. Proceso civil*, ob. cit., pp. 302-303.

88 Una posición completamente opuesta es la de MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 149-150, para quien solamente la parte activa del proceso principal puede solicitar la adopción de medidas cautelares.

89 Sobre las necesarias "...matizaciones y salvedades..." de la anterior norma, ver CALDERÓN CUADRADO, M. P.: "Legitimación y tutela cautelar (breves notas para su estudio)", en *Revista del Poder Judicial*, n.º 75, Tercer Trimestre 2004, Consejo General del Poder Judicial, pp. 168-178.

ejemplo, en España sucede así en los procesos sobre la capacidad de las personas, la filiación, la paternidad y la maternidad, que por involucrar materias que conforme al derecho son indisponibles, no son susceptibles de ser resueltas en sede arbitral (arts. 762, 768 LEC 1/2000)⁹¹. Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano en los procesos de pertenencia, deslinde y amojonamiento, servidumbres, expropiaciones y división de bienes comunes, manda a los jueces a que oficiosamente ordenen la medida cautelar de inscripción de la demanda (art. 592 CGP). Todas estas son situaciones que, apartándose de lo ordinario, le otorgan una mayor protección al ciudadano. Sin embargo, debe tenerse claro que esto no es lo común en el proceso civil, sino que precisamente, la propia configuración del mismo se asienta en la idea de libertad peticionaria, lo que no casa con una decisión cautelar de oficio.

En el arbitraje, el análisis en torno a la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares de oficio, debe partir de la base de que este es un proceso dispositivo donde la voluntad de las partes es la que controla todo lo que en él ocurre. En ese sentido, cabe afirmar que haciendo uso de la autonomía de su voluntad que guía el sistema arbitral, las partes pueden pactar que los árbitros adopten medidas cautelares de oficio, lo que implica entonces "...aceptar como válida tal cláusula, siempre que ello no supusiese una exclusión, a saber, del ejercicio de la pretensión cautelar a instancia de parte"⁹². En otras palabras, puede perfectamente validarse una cláusula configurada en el propio convenio

90 Acerca de las razones por las cuales no podrá admitirse la adopción generalizada de medidas cautelares de oficio, *ibíd.*, pp. 159-160.

91 También en el juicio cambiario podrá adoptarse la medida cautelar del embargo preventivo de los bienes del deudor, de acuerdo con el artículo 821.2.2ª LEC 1/2000. Igualmente en los juicios sumarios, artículo 441.2-4 LEC 1/2000. Sobre estas excepciones de la regla general de solicitud de parte para la adopción de medidas cautelares, ver *ibíd.*, pp. 160-162.

92 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 200.

arbitral, que otorgue al árbitro la capacidad de decisión cautelar a la vista de la pretensión inicial del proceso cautelar. La libertad de las partes, siempre que no conlleve a la extralimitación tuitiva de una respecto de la otra, puede avalar decisiones como la que nos ocupa, sin que ello atente contra la eficacia de las mismas⁹³.

En sintonía con lo anterior, no sería de recibo que el legislador le otorgara a los árbitros la competencia para decidir oficiosamente el decreto de una medida cautelar. Hacerlo supondría una vulneración frontal al principio dispositivo que orienta al proceso arbitral, en virtud del cual es la voluntad de las partes inmersas en el conflicto la que va a determinar el desarrollo del mismo. Además, dado que los árbitros están revestidos de una cualidad que se predica también de los jueces: la imparcialidad, que supone que aquel que juzga la controversia no puede ser parte en la misma⁹⁴, permitir por ley que los árbitros adopten medidas cautelares de oficio sobrepasaría la función que se les ha asignado y favorecería, aunque indirectamente, a una de las partes del proceso.

Una posición intermedia es la del Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que establece en el artículo 39 que los árbitros podrán "...recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición"⁹⁵, alternativa que tampoco nos parece adecuada cuando en un proceso dispositivo

93 En sentido contrario, GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, ob. cit., p. 128.

94 BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional 1*, ob. cit., pp. 99-101.

95 Esta norma deviene del artículo 47 del Convenio del CIADI que su turno establece que: "*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes*".

como el arbitraje, los árbitros deben limitarse a resolver las controversias con los elementos que las partes les ofrezcan.

En todo caso, en el otro extremo podría argumentarse que el hecho de que los árbitros adopten oficiosamente medidas cautelares, no los convierte en parte de la causa que juzgan, dado que lo que entraña tal actividad tuitiva es la consecución de una verdadera tutela judicial efectiva. Sin embargo, a nuestro juicio, este último planteamiento no debe ser acogido, si se tiene en cuenta que el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias que pivota sobre la autonomía de la voluntad de las partes y, en ese sentido, son ellas quienes tienen la libertad para condicionar dentro de los parámetros legales su desarrollo y, por tanto, debe estar en sus manos decidir si los árbitros asumen, aunque de forma tenue, su lugar.

Desafortunadamente, el inciso segundo del artículo 32 de la Ley 1563/2012 dispone para el arbitraje nacional la posibilidad de que los árbitros decreten cualquier otra medida cautelar que encuentren “razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”, lo que se opone al carácter dispositivo del arbitraje y, por ende, su propia esencia⁹⁶.

La norma en cuestión, al distinguir entre las medidas que podrán conceder los árbitros cuando la iniciativa surja en el seno del Tribunal arbitral, de aquellas fruto de la voluntad de las partes, no solo ignora que el arbitraje es un proceso dispositivo, sino que, además, obliga a que siempre que las medidas se vayan a decretar por solicitud de una de las partes, el árbitro deba ubicarse mentalmente en un supuesto

96 En el mismo sentido, la Ley 7727/97 de Costa Rica, el artículo 52, que permite que en todo arbitraje nacional los árbitros concedan cautelas *ex officio*, sin exigir que las partes los faculten para el efecto.

escenario judicial, para determinar, conforme a la normativa procesal general, qué medidas se podrían adoptar en dicha sede. Por el contrario, cuando al árbitro se le ocurra, sin solicitud de parte, la adopción de una medida cautelar, no será necesario recurrir a una normativa particular y bastará que la misma sea útil para alguno de los propósitos señalados en la misma norma⁹⁷.

A nuestro juicio, es desafortunada la distinción contemplada en el artículo 32 Ley 1563/2012, debido a que no solo permite la ya conflictiva competencia de los árbitros para resolver medidas cautelares sin solicitud previa de las partes, sino que, además, la privilegia dado que no le pone cortapisa alguna, al contrario, la favorece.

1.2. Oportunidad de solicitar medidas cautelares

Decíamos en el capítulo anterior que el carácter instrumental de las cautelas condiciona su solicitud y adopción a la existencia previa de un procedimiento. En consecuencia, por regla general tal petición solamente podrá presentarse a partir del momento en el que se entienda iniciado el procedimiento y siempre durante su desarrollo⁹⁸.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que pueden darse situaciones que ameriten la tutela cautelar antes de que comience el arbitraje como tal, es el caso de las conocidas medidas cautelares *ante causam*, que debido a razones de urgencia pueden ser permitidas por el legislador.

97 El inciso segundo artículo 32 Ley 1563/2012 es producto de las modificaciones realizadas al entonces Proyecto de Ley en el curso del segundo debate surtido ante la Cámara de Representantes.

98 En todo caso, hay regulaciones excepcionales como la de la India, que en *The arbitration and conciliation act* de 1996, dispone en su artículo 9: “A party may, before, or during arbitral proceedings or at any time after the making of the arbitral award but before it is enforced in accordance with section 36, apply to a court”, en INTERNATIONAL TRADE CENTRE.: *Arbitration and alternative dispute resolution how to settle international business disputes*, Geneva, 2005, pp. 351-352.

1.2.1. *Ante causam*

Tanto en un proceso arbitral como en uno jurisdiccional, los riesgos materiales a los que eventualmente estará sometida la tutela judicial efectiva pueden presentarse desde que surge el conflicto, antes de que se dé inicio al proceso. Lo anterior pone en peligro el cumplimiento de dicha tutela, lo que hace necesaria la existencia de mecanismos que eviten tal situación⁹⁹. Precisamente uno de estos es la adopción de medidas cautelares antes de iniciarse el proceso, mejor conocidas como medidas cautelares *ante causam*. Como bien expresa FERNÁNDEZ ROZAS: "...la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial"¹⁰⁰.

Aun cuando pareciera que este tipo de medidas son la excepción a la regla general que ordena que las cautelas solo se deben adoptar como instrumento de un proceso –lo que supone la existencia previa del mismo¹⁰¹–, estas sí conservan su carácter instrumental, pues deben su vocación de permanencia, aunque temporal, a la existencia cercana de aquel proceso donde se resolverá el conflicto cuya efectividad precisamente protegen¹⁰².

A partir de la LEC 1/2000, en el ordenamiento jurídico español para el proceso arbitral se permite la adopción y práctica judicial de medidas cautelares *ante causam*. Lo anterior,

99 LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 367, 619-620.

100 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Arbitraje y justicia cautelar", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, ob. cit., p. 24.

101 Una posición contraria es la de ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., p. 216, para quien las medidas cautelares *ante causam* no son una excepción sino una regla diferente.

102 Sobre la instrumentalidad en las medidas cautelares *ante causam*, ver CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 321-324.

a la luz de la Ley de arbitraje vigente de la época (Ley 36/1988), supuso un “...tímido paso hacia delante...”¹⁰³.

Antes de la LEC 1/2000 y en virtud de la Ley 36/1988, en España tan solo se contemplaba la adopción de cautelas con ocasión de la impugnación del laudo vía anulación (art. 50)¹⁰⁴. A partir de la Ley procesal general actualmente vigente (art. 722), se permitió la adopción de medidas cautelares en el arbitraje después de haber pedido la formalización judicial –es decir, en los arbitrajes *ad hoc* en los que las partes hubieran discrepado en la elección de los árbitros– o de haber presentado ante una institución la solicitud de arbitraje¹⁰⁵.

Además, y al centrarnos en lo que ahora nos interesa, la LEC 1/2000 permitió que incluso en aquellos arbitrajes *ad hoc* en los que no fuera necesaria la formalización judicial, se pudiera intentar ante los jueces la solicitud de cautelas *ante causam*¹⁰⁶. A la anterior conclusión se llegaba al estudiar el artículo 730.2 de la Ley procesal general¹⁰⁷ que, de forma ambigua e indeterminada¹⁰⁸, contempló que si bien

103 BARONA VILAR, S.: “Algunas consideraciones en torno a las medidas cautelares en los procesos arbitrales tras la Ley 1/2000, de 7 de enero”, en *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 1, Madrid, 2002, p. 84.

104 Sobre los distintos argumentos, propuestas doctrinales y decisiones jurisprudenciales que se vertieron en torno a la estricta regulación de medidas cautelares en la Ley 36/1988, ver BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 130-138.

105 Por descuido del legislador, la vigencia paralela de esta Ley de arbitraje y la LEC 1/2000 presentaba aparentes contradicciones, ver RUIZ JIMÉNEZ, J. A.: “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la LEC 1/2000”, en *Cuestiones de práctica judicial relativas a la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*, ob. cit., pp. 150-156.

106 Sobre las medidas cautelares en el arbitraje a partir de tal Ley procesal general, ver MUÑOZ SABATÉ, L.: “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 2, 2001, Barcelona, Bosch, pp. 9-30.

107 Sobre la aplicación este artículo en la práctica, ver entre otras AAP de Guipúzcoa (secc. 3) n.º 100/2010, de 15 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2010/416845); AAP de Madrid (secc. 20) n.º 1/2008, de 8 de enero, B. D.: Westlaw (AC 2008/343); AAP de Madrid (secc. 20) n.º 112/2007, de 2 de abril, B. D.: Westlaw (AC 2007/961).

108 Ya lo dice la doctrina que critica el incorrecto uso de los términos empleados en esta norma, ver BARONA VILAR, S.: “Algunas consideraciones en torno a

de ordinario las medidas se deben solicitar con la demanda principal, también cabrían antes de esta "...si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad", y siempre y cuando en el caso del arbitraje, la parte beneficiada con la medida cautelar (que en este caso sería exclusivamente el futuro demandante¹⁰⁹) "...lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral"¹¹⁰ que, aunque la Ley no lo diga expresamente, deberá ser aquel en el que se pretenda resolver un conflicto que termine en una condena "...cuya eventual ejecución está directamente relacionada con la medida cautelar..."¹¹¹ que se acuerde¹¹².

A partir de la Ley 11/2011 el anterior panorama legal se aclaró, en virtud de la modificación que esta hizo al artículo 722 LEC 1/2000, que expresamente dice: "Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio

las medidas cautelares en los procesos arbitrales tras la Ley 1/2000, de 7 de enero", en *Anuario español de derecho internacional privado*, ob. cit., p. 93.

- 109 No sería de recibo que un hipotético demandado estuviera legitimado para solicitar la adopción de medidas cautelares *ante causam*, ver CALDERÓN CUADRADO, M. P.: "Legitimación y tutela cautelar (breves notas para su estudio)", en *Revista del Poder Judicial*, ob. cit., pp. 179-180.
- 110 A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial en el que se establece que la presentación de la demanda deberá ser máximo dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la cautela *ante causam*, el legislador no estableció ningún término cuando este tipo de medidas se adopten en el marco de un futuro arbitraje.
- 111 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, Iurgium, 2001, p. 739.
- 112 Esta opción de permitir medidas cautelares *ante causam* en caso de arbitrajes institucionales no se contempló desde el anteproyecto de la LEC, lo que causó en su momento polémica entre quiénes acertadamente señalaban la importancia de contar con este tipo de medidas incluso en estos arbitrajes. Por todos, MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares y arbitraje en el anteproyecto de L.E.C.", en *Presente y futuro del proceso civil* (dir. PICO I JUNOY, J.), Barcelona, Bosch, 1998, pp. 707-712. Sobre el trámite parlamentario que se surtió hasta llegar a la norma actual sobre medidas cautelares en la LEC 1/2000, ver RUIZ JIMÉNEZ, J. A.: "Las medidas cautelares en el arbitraje tras la LEC 1/2000", en *Cuestiones de práctica judicial relativas a la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*, 2.ª reimp., San Sebastián, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003, pp. 160-166.

arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales...”. Lo que, aunque con una redacción a nuestro juicio bastante mejorable, no significa nada distinto a la posibilidad –que ya se asumía en el artículo 730.2 del mismo catálogo legal–, de solicitarle al juez competente la adopción de medidas cautelares *ante causam*.

De otro lado, sería un error negar que incluso desde antes de la Ley 11/2011 y gracias a la Ley 60/2003, era aceptado por la doctrina, los jueces y los árbitros, que las partes que hubieran suscrito un convenio arbitral podrían solicitarle a la jurisdicción la adopción de medidas cautelares, incluso antes de iniciarse el procedimiento arbitral.

En efecto, la Ley 60/2003, al recoger y ampliar lo dispuesto en la LEC 1/2000 en torno a las medidas cautelares *ante causam*, y siguiendo el artículo 9 de la Ley Modelo sobre la materia, expresamente señaló en su artículo 11.3 que: “El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”¹¹³, sin hacer distinción entre el tipo de arbitraje del que se trate que, como vimos *supra*, si hacía la Ley 36/1988.

Así, a partir de la Ley 60/2003 se podrán intentar las medidas ahora comentadas de forma previa al inicio de las actuaciones arbitrales que, de acuerdo con el artículo 27 de la misma, salvo que las partes acuerden algo distinto, será “...la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje...”. En otras palabras, al atenerse al tenor literal de la Ley arbitral española, la parte interesada podrá solicitar medidas cautelares

113 Debe tenerse en cuenta que la reciente modificación a la Ley 60/2003 por parte de la Ley 11/2011, no alteró la disposición tercera del artículo once que ahora se comenta. Este precepto sí sufrió una modificación por parte de tal Ley (art. único, dos), pero solamente en el primer apartado de dicho artículo, referido al procedimiento para llevar a cabo la declinatoria.

ante causam hasta antes de que se entienda que el demandado ha recibido el requerimiento de acudir al arbitraje para resolver la controversia que se suscita entre ellos¹¹⁴.

Concluyendo, tendremos que decir que actualmente el legislador español permite a quien haya suscrito un convenio arbitral, que, con anterioridad al proceso arbitral vaya ante la jurisdicción para solicitar la adopción y práctica de medidas cautelares *ante causam* cuando las considere necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en el proceso que se supone iniciará en breve. En consecuencia, siempre que proceda conforme a la Ley los jueces deberán decretar tales medidas, sujetando en todo caso la permanencia de las mismas a la puesta en marcha por la parte beneficiada de las gestiones necesarias para dar comienzo al procedimiento arbitral.

Aun cuando la Ley condiciona expresamente la efectividad futura de la medida cautelar *ante causam* a la existencia del procedimiento arbitral, algunos autores consideran que esta será efectiva incluso si el procedimiento que a continuación se impulsa no es el arbitral sino el judicial¹¹⁵, basándose en que se ha iniciado "...la tutela de la situación jurídica en función de la cual se adoptó la medida cautelar y además, la demanda se presenta dentro de plazo".

Varios son los argumentos que pueden presentarse en oposición al planteamiento anterior, que si bien puede ir en *pro* de la celeridad del proceso judicial, niega lo expresado textualmente en la Ley.

Comenzamos por señalar que si tal hubiera sido el querer del legislador, así lo habría manifestado. Además, de seguirse

114 Una interpretación diferente sostiene ARANGUENA FANEGO, C.: "Artículo 23", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 429, para quien el periodo para solicitar medidas cautelares *ante causam* va hasta antes de que el árbitro haya aceptado su nombramiento.

115 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 323-324.

el criterio en comento se suscitaría un serio problema respecto del juez competente para conocer de tal proceso judicial.

La LEC 1/2000 determina que el juez que conocerá de la demanda principal será competente de la solicitud de adopción de las medidas cautelares *ante causam* que serán adoptadas con ocasión de un proceso judicial futuro (art. 723.1); sin embargo, otros criterios establecen la competencia de aquellas solicitudes que se presenten con ocasión de un proceso arbitral (art. 724). En consecuencia, permitir que tales medidas sean efectivas si el proceso que se inicia no es arbitral sino uno ante la jurisdicción, supone discutir acerca de quién será el competente para conocer de tal demanda judicial: ¿el que ha decretado la cautela o el que debería conocer del proceso judicial?, que tal como hemos señalado, no necesariamente son la misma persona.

Dificultades como esta hace que nos decantemos por preferir sacrificar la eventual celeridad que se pudiera alcanzar con la comentada interpretación, por lo que ha sido a nuestro juicio el querer del legislador: que las medidas cautelares *ante causam* que se dictan con ocasión de un proceso arbitral futuro solo puedan colaborar con la efectividad de este siempre y cuando se viertan todos los esfuerzos por iniciar el mismo tan pronto como sea posible.

De permitirse en la práctica que las medidas cautelares que se han dictado antes de dar inicio al procedimiento arbitral sean efectivas en un proceso judicial que ha comenzado a tiempo, esperamos que el juez que conozca del proceso dicte un auto en el que ponga de manifiesto tal situación: que aun cuando las medidas se adoptaron con ocasión de un supuesto proceso arbitral futuro, ahora van a servir al proceso judicial.

En Colombia, la situación es similar a la anteriormente comentada. El legislador colombiano prevé para los procesos declarativos que solamente a partir de la presentación de la demanda, las partes puedan solicitar la práctica de una

medida cautelar (art. 590 CGP)¹¹⁶. Sin embargo, ha contemplado algunas excepciones a tal regla general, al permitir el decreto de medidas cautelares con anterioridad al inicio del proceso; ejemplo de ello son los procesos sucesorios en los que sí se permite la concesión de la medida cautelar de guarda y aposición de sellos "...dentro de los 30 días siguientes a la defunción del causante..." (art. 476 CGP), sin exigir que se haya iniciado el proceso respectivo. También, el proceso especial en el que se demandan derechos de autor, en el que sí se admite la adopción *ante causam* de la medida cautelar de secuestro, siempre que el solicitante afirme que "...va a demandar a la persona contra la cual dicha medida se impetra por actos y hechos jurídicos vinculados con el derecho de autor, los mismos que concretará en el libelo" (art. 246 Ley 23/1982).

En el caso particular del arbitraje la posibilidad de solicitar medidas cautelares *ante causam* va a depender del tipo de arbitraje de que se trate, nacional o internacional. En el primero no es posible, en el segundo sí.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 32 Ley 1563/2012 las partes en un arbitraje nacional podrán solicitar las medidas cautelares desde del inicio del proceso arbitral (tal como ocurría bajo el artículo 152 Decreto 1818/1998). Esto no se entenderá a partir de la aceptación de los árbitros del encargo de obrar como tal, sino, de la presentación de la demanda, tal como expresamente el artículo 12 de la Ley 1563/2012 dice: "el proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda"¹¹⁷. En pocas palabras, la

116 Igual sucede en los procesos especiales de familia (nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales artículo 598 CGP) y en el proceso posesorio especial que pretende "...precaver el peligro que se tema de ruina de un edificio, de un árbol mal arraigado u otra cosa semejante..." (art. 377.3 CGP); en donde se contemplan la adopción de medidas cautelares solamente a partir de la presentación de la demanda.

117 Son convenientes los artículos 32 y 12 Ley 1563/2012 respecto al momento a partir del cual los demandantes pueden solicitar las medidas cautelares.

normativa colombiana permite que en un proceso arbitral nacional el demandante solicite en su demanda la adopción de medidas cautelares.

Consideramos que la regulación actual comentada *supra* es desafortunada, ya que, como hemos venido diciendo, los riesgos que pueden afectar la futura ejecución de una sentencia o laudo favorable a las pretensiones de quien solicita la cautela pueden presentarse incluso antes de acudir al proceso arbitral y, por ello, es conveniente, a efectos de ofrecer una completa y efectiva tutela cautelar, permitir que en casos de urgencia se puedan adoptar y ejecutar medidas cautelares antes de iniciarse el procedimiento arbitral.

Por su parte, el artículo 71 Ley 1563/2012, copia del artículo 9 Ley Modelo, que a su vez decíamos *supra* sigue al artículo 11.3 de la Ley española de arbitraje, señala que no es incompatible con el convenio arbitral solicitar medidas cautelares a la jurisdicción incluso antes de iniciarse el arbitraje, lo que anticipa la posibilidad legal de solicitar medidas cautelares *ante causam* en un arbitraje internacional. En efecto, esto se concreta con el artículo 90 Ley 1563/2012 que dice:

Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante en Colombia o en el exterior, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decreta medidas cautelares. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

Si se tiene en cuenta que, bajo la norma anterior –Decreto 1818/1998– la parte demandante debía esperarse hasta la aceptación de los árbitros, del encargo de arbitrar, para solicitar las medidas cautelares, es manifiesto que por motivos de celeridad es positivo que en la demanda se puedan solicitar estas, debido a que ello implica que en la primera audiencia de trámite los árbitros resolverán acerca de ellas.

Tendremos que decir entonces que la actual normativa se ha quedado corta en materia de arbitraje nacional, al no contemplar la posibilidad de decretar medidas cautelares *ante causam*. Valdría la pena que el legislador colombiano se replanteara esta posibilidad en un arbitraje de esta clase, tal como sucede en el ordenamiento jurídico español.

Una vez más, lo anterior evidencia el distanciamiento que existe entre el arbitraje nacional y el internacional en la Ley 1563/2012 y, desde aquí, reiteramos lo desafortunado que ello resulta para el fomento efectivo del arbitraje en Colombia, donde sería tan conveniente el afianzamiento del mismo como mecanismo de resolución de controversias.

1.2.2. Durante el proceso principal

La regla general de la adopción y ejecución de las medidas cautelares, plantea que las mismas se decretan a partir del inicio del procedimiento al que servirán de instrumento y hasta que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo, se entienda que finaliza el mismo. Lo anterior es consecuencia de la instrumentalidad de las medidas cautelares, que supone que estas se conceden siempre que el proceso al que garantizan exista como tal.

Decíamos *supra* con ocasión de las medidas cautelares *ante causam*, que según el artículo 27 Ley 60/2003, el proceso se inicia en la fecha en la que al demandado se le notifica el requerimiento de someter la controversia a arbitraje. En consecuencia, concluimos que la parte interesada podrá solicitar medidas cautelares desde que tenga conocimiento de que el demandado ha recibido el requerimiento correspondiente –salvo que las que solicite sean *ante causam*¹¹⁸–.

118 Sin embargo, debemos decir que hay opiniones diferentes en la doctrina; es el caso de CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 332, quien sostiene que el momento para entender que el proceso ha comenzado y en consecuencia puede iniciarse

En el Decreto 1818/1998, a diferencia de lo que ocurre en el caso español, sí se encontraba disposición expresa que hacía referencia a partir de cuándo, en un arbitraje interno, podrían las partes solicitar medidas cautelares. Nos referimos al artículo 152 de este cuerpo normativo que manifestaba que a petición de cualquiera de las partes el Tribunal arbitral podría decretar medidas cautelares desde que asumía su propia competencia, que, en todo caso, coincidía con el momento que de acuerdo con el artículo 139 del Decreto antes mencionado, el legislador colombiano entendía comenzaba el procedimiento arbitral. Esto ya que aun cuando en la normativa colombiana no había norma expresa –como sí ocurre en la Ley 60/2003– respecto al momento en el que se entendía iniciado el procedimiento arbitral, tal escollo era resuelto fácilmente al interpretar sistemáticamente el artículo 139 Decreto 1818/1998 que al inicio del Capítulo I “Iniciación del trámite arbitral”, del Título III denominado “Procedimiento”, decía:

Los árbitros deberán informar a quien los designó, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación si aceptan o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan.

El árbitro que no acepte, renuncie, fallezca o quede inhabilitado, será reemplazado en la forma señalada para su nombramiento.

Así, en los arbitrajes que se celebraban en Colombia las partes podían solicitar medidas cautelares tan pronto tuvieran conocimiento de que las personas seleccionadas habían aceptado el nombramiento como árbitros; es decir, incluso antes que en el español, en el que en esta oportunidad comienza a partir del inicio del procedimiento arbitral. Como ya se ha dicho, esto es una vez el demandado haya recibido el

la adopción de medidas cautelares, es cuando el árbitro ha aceptado su nombramiento. Siguiendo a este autor, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 168-169.

requerimiento para dar inicio al arbitraje, situación obviamente posterior a la aceptación del encargo de ser árbitro.

Sin embargo, no podría decirse que en este aspecto resultaba más garante de la tutela cautelar el régimen colombiano, porque recuérdese que en este, a diferencia de lo que sucede en el español, no se contemplaba la adopción de medidas cautelares *ante causam*. Entonces, si bien el régimen español dilata el inicio del arbitraje, esto no puede ser entendido como sinónimo de desprotección, porque incluso desde antes de que inicie se podrán solicitar, conceder y ejecutar medidas cautelares.

La situación en Colombia cambió a partir de la Ley 1563/2012, tal como lo veíamos en el epígrafe anterior, dado que de la interpretación de su artículo 32 se deriva que en los arbitrajes internos se podrán pedir medidas cautelares desde la presentación de la demanda, lo que redundaba beneficiosamente en la celeridad que se espera de todo arbitraje. Sin embargo, también es necesario señalar que, dado que en el momento de presentación de la demanda el Tribunal arbitral aún no está constituido, y que en la normativa señalada no se indica nada en torno al trámite que en el entre tanto debe dársele a la solicitud cautelar, habrá que ceñirse a lo que reglamenten al respecto los Centros de arbitraje, que en todo caso se espera permitan efectivamente la puesta en marcha del proceso cautelar. Un ejemplo que podrán tener en cuenta es el Reglamento del CIADI, regla 39.5 que dice:

Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido¹¹⁹.

119 A favor de esta disposición, LAMM, C. B.; PHAM, H. T.; GIORGETTI, C.: "Interim measures and dismissal under the 2006 ICSID rules", en *The future of investment*

Una cuestión importante es la de determinar hasta cuándo se pueden solicitar medidas cautelares, para ello habrá que tomar como punto de partida su instrumentalidad y temporalidad, que exige que las mismas permanezcan mientras exista el proceso al que sirven. De este modo, entendemos que cabe solicitar la adopción de las mencionadas medidas hasta antes de que el procedimiento arbitral deje de existir, sin embargo, habrá que revisar cada ordenamiento jurídico para constatar lo dispuesto al respecto.

En el ordenamiento jurídico de España la situación es la siguiente. En la Ley 60/2003 no se contempla ninguna disposición que haga referencia al plazo para pedir las medidas cautelares. Por ello, a nuestro juicio, se hace necesario recurrir a la aplicación analógica de la LEC 1/2000¹²⁰, que en su artículo 730.4 propone que se pueden pedir “con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso...”, y en el artículo 731.1 contempla el requisito de provisionalidad.

Por tanto, afirmamos que de acuerdo con el sentido del laudo arbitral, las medidas cautelares podrán intentarse en uno u otro momento. Así, si la decisión arbitral ha favorecido al demandante, será viable reclamar la cautela hasta que se despache ejecución del laudo, es decir, dentro de los veinte días siguientes de su notificación al ejecutado (art. 548 LEC 1/2000). Por el contrario, si el sentido del laudo ha sido a favor de quien ha soportado la medida cautelar, habrá que entender que una vez este haya sido dictado termina la oportunidad de solicitar medidas cautelares en ese proceso¹²¹.

arbitration (eds. ROGERS, C. A.; ALFORD, R. P.), AA. VV., United States of America, Oxford University Press, 2009, pp. 89-106.

120 Una oposición distinta es la de MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 175, quien considera que las medidas cautelares podrán solicitarse hasta que las actuaciones arbitrales terminen, que de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley, será cuando se dicte el laudo definitivo.

121 Seguimos a CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 325, en que no debe esperarse a que el laudo adquiera firmeza para alzar la medida cautelar, porque: “*Si el laudo*

En el caso colombiano, la ausencia de norma general tanto para el arbitraje como para el proceso judicial, dificulta determinar hasta cuándo se pueden decretar las medidas cautelares. Por ello consideramos que en función de la instrumentalidad y temporalidad de las cautelas, aquellas solo podrán adoptarse hasta antes de que se dicte el laudo.

2. Acerca del procedimiento que deben seguir los árbitros para adoptar las medidas cautelares

El procedimiento cautelar, aun cuando instrumental, está revestido de la misma entidad e importancia que los que se encargan de materializar la función declarativa y ejecutiva. Tal importancia no se debe a la calidad del sujeto que dirige tal procedimiento, sino al papel que juega la tutela cautelar en la tutela judicial efectiva. Corresponde entonces analizar el proceso cautelar arbitral con el mismo detalle que ha de emplearse cuando se revise su homónimo en la jurisdicción, siendo siempre cuidadosos de estudiarlo bajo el prisma de los principios y características esenciales del proceso arbitral.

2.1. El deber ser: la libertad de las partes

La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje, como tantas veces hemos dicho, se constituye en el principal motor de este mecanismo de resolución de controversias¹²². En sintonía con la dinámica propia del arbitraje, es la autonomía

rechaza la petición del beneficiado por la tutela cautelar, esta decisión hace desaparecer el fumus boni iuris, por lo que la medida debe alzarse, aunque el laudo no haya alcanzado firmeza".

- 122 En este mismo sentido: BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 260-262; ORTIZ PRADILLO, J. C.: "La tutela cautelar en el arbitraje", en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 15, 2005, p. 25; BÜHRING-UHLE, C.; KIRCHHOFF, L.; SCHERER, G.: *Arbitration and mediation in international business*, 2.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2006, pp. 70-71.

de la voluntad, por supuesto de la mano del reconocimiento legal, la que le da vida al mismo en cada caso concreto.

De las distintas etapas procesales precisamente una en la que se materializa la libertad de las partes, tal como lo hemos podido constatar, es en la cautelar. De ello da plena cuenta la legislación española (Ley 60/2003) que no solo ha establecido un amplio margen de acción para que las partes determinen ante quién elevarán su solicitud cautelar, sino también para que fijen el procedimiento cautelar, eso sí, teniendo que enmarcarlo siempre bajo los principios que envuelven el arbitraje: igualdad, audiencia y contradicción.

En el régimen colombiano siempre ha existido muy poca claridad en torno al procedimiento que deben seguir los árbitros cuando adoptan medidas cautelares. Respecto de las dos únicas medidas a las que el Decreto 1818/1998 hacía referencia: anotación preventiva y secuestro, solamente se establecían unos pasos sueltos que no podía considerarse constituyeran como tal un procedimiento.

A nuestro juicio, resulta totalmente acertado que, antes de establecer un procedimiento rígido de adopción de cautelas, el legislador opte por dejar en manos de las partes la responsabilidad de determinar la forma de actuar de los árbitros en tan particular situación, tal y como lo ha hecho el legislador español que ha sido consecuente con lo establecido previamente para el procedimiento arbitral, como se expresa en el artículo 25.1 Ley 60/2003, que sigue al 18 de la Ley Modelo: “Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones”.

De acuerdo con lo anterior, resultaba impreciso el régimen colombiano en relación con el procedimiento cautelar, ya que no solo no determinaba abiertamente que las partes podían dictarle a los árbitros el procedimiento para adoptar medidas cautelares, que en un mecanismo como el arbitraje sería el estado ideal, sino que tampoco fijaba un verdadero procedimiento cautelar.

Desafortunadamente, este panorama no varía completamente con la Ley 1563 / 2012, dado que respecto del arbitraje nacional la normativa reenvía para la adopción de medidas cautelares a los procedimientos que establece el CGP (art. 32) de acuerdo con la cautela adoptada, lo que, a nuestro juicio, supone de plano la negación frontal a uno de los pilares fundamentales del arbitraje: la libertad de las partes. Por fortuna, para el arbitraje internacional en la ley no se establece ningún procedimiento para adoptar medidas cautelares, sino por el contrario, se contempla expresamente la libertad de las partes para el efecto (arts. 91-92).

Tan dispar tratamiento entre el arbitraje nacional y el internacional, que repercute negativamente en el fomento del arbitraje interno en Colombia, se debe a la decisión del Gobierno colombiano de plantear en la Ley un régimen dualista, en el que mientras para el arbitraje internacional se adopta casi al pie de la letra la Ley Modelo de la CNUDMI, para el nacional se propone un supuesto arbitraje que casi resulta idéntico a un procedimiento judicial, toda vez que la libertad como pilar fundamental del arbitraje y la celeridad como una característica propia del mismo, se desdibujan casi completamente.

El evidente distanciamiento entre la regulación para el arbitraje nacional y aquella propia del arbitraje internacional, no solo perjudica a los interesados en la tutela cautelar en aquel procedimiento menos garante de la misma, sino también a todos los profesionales que ejerzan como árbitros en Colombia, dado que les supondrá manejar dos regímenes cautelares que, sin ninguna lógica, son diferentes.

En conclusión, desde el punto de vista teórico, es coherente que en el arbitraje sean las partes interesadas en resolver el conflicto quienes no solo doten de autoridad a los árbitros al encargarles resolver su controversia, sino también les indiquen cómo desean que lo hagan, al ser precisamente el procedimiento para adoptar medidas cautelares uno de aquellos en los que se espera que las mismas partes den las

pautas procedimentales para el efecto¹²³. Así, la omisión del legislador, por lo menos español, sin duda no es gratuita, ni tampoco, desde nuestro punto de vista, criticable.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que en la práctica las partes difícilmente tendrán los conocimientos necesarios para fijar un procedimiento arbitral y, sobre todo, la disposición de elaborar el que habrán de seguir los árbitros cuando se trate de la adopción de las medidas cautelares, lo más seguro es que sean pocos los casos en los que las partes establezcan un procedimiento como tal.

2.2. *En un arbitraje institucional*

Del silencio legal acerca del procedimiento cautelar, surge la pregunta acerca de cuál es el que se espera sigan los árbitros para adoptar medidas cautelares en un arbitraje institucional.

Siendo el arbitraje un mecanismo de resolución de controversias basado en la libertad y voluntad de las partes, a nuestro juicio, será a esto a lo primero a lo que tendrá que acudir para determinarlo, claro está, entendiendo por aquella voluntad no solo las manifestaciones directas de las partes, sino también las de las instituciones arbitrales a quienes las partes previamente han facultado para administrarla.

El criterio anterior es el que sigue la Ley 60/2003 en su artículo 4 (que a su vez copia al artículo 2 Ley Modelo), cuando señala que en un arbitraje institucional habrá que ceñirse no solo al posible procedimiento que hayan establecido las partes en la controversia¹²⁴, sino también al regla-

123 En sentido contrario, ARANGUENA FANEGO, C.: "Artículo 23", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 438.

124 Acerca de la importancia de acudir a la voluntad de las partes para entender el arbitraje: BROWN, H.; MARRIOTT, A.: *ADR Principles and practice*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 52.

mento de la institución arbitral al que estas han confiado la administración del arbitraje.

Lo anterior ha sido claramente recogido en la Exposición de Motivos de la Ley en mención, que ahora nos permitimos transcribir:

...esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Más esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido.

Esta situación se refuerza más adelante en el mismo texto de la Exposición de Motivos cuando se dice que:

...la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral.

Así las cosas, en el régimen legal español las partes podrán, en virtud de la interpretación que hace el legislador de la autonomía de la voluntad (art. 4 Ley 60/2003) -tal como lo adelantábamos *supra*-, ordenarle al árbitro ceñirse, en relación con el procedimiento de medidas cautelares, a lo que disponga el reglamento de la institución arbitral a la que encargaron la administración del mismo, así como al que se contempla bien en la Ley procesal general (art. 730 a 743 LEC 1/2000) o alguno otro dispuesto en una ley procesal especial¹²⁵. En el ámbito del arbitraje internacional, las partes incluso podrían

125 Sobre esta materia ver, CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Medidas cautelares y comercio internacional", en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil* (dir. MONTALBÁN AVILÉS, A.), AA. VV., Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 568-573.

determinar que en materia de medidas cautelares se siguiera el procedimiento establecido en una ley distinta a la del país en el que físicamente se celebra el arbitraje.

En la anterior legislación colombiana (Decreto 1818/1998) no se decía nada acerca de la posibilidad de que fueran las partes quienes les indicaran a los árbitros el procedimiento para adoptar medidas cautelares. El régimen dualista por el que se decanta la Ley 1563/2012 una vez más plantea un régimen dispar en torno al procedimiento para adoptar medidas cautelares en un arbitraje institucional. Así, sobre el arbitraje nacional mantiene el oscuro silencio del Decreto 1818/1998, y respecto al internacional sí dispone seguir lo propuesto en la Ley Modelo, que resulta ser lo que a su turno plantea el legislador español –que a su vez siguió a la Ley Modelo–: en un arbitraje institucional el procedimiento cautelar sería el que dicten las partes o el que se contemple en el reglamento de la institución arbitral.

Al trasladar al ordenamiento colombiano el mismo razonamiento realizado anteriormente en torno a la primacía de la voluntad de las partes, consideramos que es totalmente válido que allí se permita que en todo arbitraje institucional el procedimiento para adoptar medidas cautelares sea, bien el que dispongan las partes o el que se contemple en el reglamento arbitral.

En otras palabras, al ser las partes quienes dotan de autoridad a los árbitros, resulta indiferente la ley bajo la cual actúen, ya que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, pilar del arbitraje, ellas podrán indicarles cómo quieren que dirijan el procedimiento cautelar, ya sea acordando aquel que debe seguirse o remitiéndose al que se haya dispuesto en el reglamento del Tribunal arbitral.

2.3. *En un arbitraje ad hoc*

Teniendo en cuenta que por el tipo de arbitraje los árbitros no están obligados a aplicar lo planteado en el reglamento

institucional, vale la pena plantear cuál debe ser el procedimiento cautelar que deben seguir los árbitros en un arbitraje *ad hoc*, bajo el supuesto de que las partes, sin remitir ni siquiera a un procedimiento contemplado en un reglamento arbitral o al de la Ley, guarden silencio respecto al mismo.

De acuerdo con el artículo 25.2 Ley 60/2003, en estos casos los árbitros “...con sujeción a lo dispuesto en esta Ley...” están facultados para actuar del modo que consideren más adecuado. Es decir, podrán dirigir el proceso arbitral de la forma que estimen conveniente a los intereses de las partes y, en consecuencia, establecer el procedimiento arbitral¹²⁶, teniendo como únicos límites los principios procesales de igualdad, audiencia y contradicción contemplados en el artículo 24 Ley 60/2003¹²⁷.

En el régimen colombiano, la Ley 1563/2012 claramente establece en su artículo 32 que en un arbitraje nacional, el decreto, la práctica y el levantamiento “...se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes.” El artículo no hace distinción en torno al tipo de arbitraje de que se trate, ni siquiera plantea la posibilidad de que las partes convengan acerca del procedimiento.

De otra parte, para el arbitraje internacional la Ley 1563/2012 adopta lo propuesto en el artículo 19.2 Ley Modelo CNUDMI que a la vez es lo que recoge el legislador español en la Ley 60/2003 artículo 25.2, al suponer que siempre que las partes no dispongan un determinado procedimiento, los árbitros podrán fijar aquel que consideren apropiado.

126 MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., p. 570.

127 Sobre el porqué de la transposición de estos principios del proceso judicial al arbitral, ver, DE HOYOS SANCHO, M.: “Artículo 24”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., pp. 448-455.

Aquí es posible encuadrar las mismas consideraciones que hemos hecho en el epígrafe anterior respecto a lo que a nuestro juicio debería seguirse en Colombia sin importar el carácter que tenga el arbitraje: las partes pueden indicarle al Tribunal arbitral qué procedimiento cautelar seguir, ya sea que lo ideen ellas mismas o que se remitan a lo planteado en algún reglamento arbitral. Y además, los árbitros tendrán libertad para determinar el procedimiento cautelar dentro del marco de los principios del proceso arbitral, entre ellos la autonomía de la voluntad de las partes.

En todo caso, y aun cuando la ley da a los árbitros tan amplio margen de acción, juzgamos que tanto a la luz del proceso español como del régimen del arbitraje internacional colombiano, el Tribunal arbitral deberá guiarse en principio por lo dispuesto en la Ley procesal general sobre el procedimiento de adopción de las medidas cautelares¹²⁸, que aunque ha sido planteado para otro sistema de resolución de controversias, se ha encauzado de la misma forma que el arbitraje: por medio de procesos que comparten la misma naturaleza jurídica y que si bien distintos, buscan idénticos objetivos en torno a la tutela judicial efectiva, y en lo nos incumbe, a la tutela cautelar que se pretende en sede arbitral.

De todas maneras, y teniendo en cuenta que no hay norma en la Ley 60/2003 que obligue a los árbitros a aplicar de manera supletoria la LEC 1/2000¹²⁹, tendremos que afirmar que estos también podrán seguir lo contemplado por algún reglamento de una institución arbitral que, aun

128 En este sentido, entre otros BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 276 y CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 332; GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de arbitraje de 2003*, ob. cit., p. 133.

129 ARANGUENA FANEGO, C.: "Artículo 23", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 438; y MUNNÉ CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003: una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*, ob. cit., p. 118.

cuando no haya sido así dispuesto por las partes, contenga un procedimiento que quizás pueda orientarlos. El mismo raciocinio aplica para el arbitraje internacional colombiano.

De otra parte e incluso sin existir en la Ley disposición expresa al respecto, consideramos que, una vez los árbitros hayan determinado el proceso cautelar, las partes no podrán intentar modificar lo acordado por ellos. De permitirse lo contrario se estaría ignorando la autoridad de los árbitros como directores del proceso arbitral que son.

Tendremos que decir entonces que cuando corresponda al Tribunal arbitral la adopción de las medidas cautelares, el procedimiento que deberán seguir para el efecto, tanto en Colombia en el ámbito del arbitraje internacional como en España, será en principio el que escojan las partes, ya sea porque lo fijen ellas mismas o porque indiquen seguir lo dispuesto por una institución arbitral o una Ley procesal, y cuando aquello no suceda, se seguirá el procedimiento que el propio Tribunal arbitral determine y adopte. Por el contrario, en un arbitraje nacional que se siga bajo la Ley 1563/2012, el Tribunal necesariamente deberá seguir lo dispuesto por las normas procesales judiciales generales.

3. Sobre el procedimiento que deben seguir los jueces para adoptarlas

Frente a la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes que pivota a lo largo de todo el arbitraje y, por ende, del procedimiento arbitral cautelar, se enfrenta el rigor legal que imperará siempre en el proceso judicial, sea cual sea el ámbito en el que el mismo tendrá efectos.

Así las cosas, adentrarnos en el estudio del procedimiento que debe llevar a cabo el juez competente cuando ante él acuda una parte en el arbitraje a solicitarle la adopción de medidas cautelares, implica prestar atención a lo dispuesto o no por el legislador, sin olvidar, claro está, aquel que debe actuar como telón de fondo: el arbitraje, porque

finalmente es en este en donde aquella actuación judicial deberá ser encuadrada.

3.1. Punto de partida: la ausencia de norma especial

El silencio del legislador respecto al procedimiento que deben seguir los jueces cuando se les solicite la adopción de una medida cautelar con ocasión de un proceso arbitral, tal como sucede en los regímenes español y colombiano, puede dar lugar a plantear distintas posibilidades acerca de qué deben hacer estos para tal efecto.

Podría, reconociéndose la autonomía de la voluntad de las partes, eje central del arbitraje, proponerse que se tenga como válido bien el acuerdo al que lleguen las partes sobre tal procedimiento y, en consecuencia, el deber de los jueces de asumir tal voluntad; o bien, la decisión de aquellas de aplicar el procedimiento contenido en el reglamento de la institución arbitral que administra el arbitraje, si es que se trata de uno de este tipo.

Sin embargo, también sería factible negar la validez de lo dispuesto por las partes acerca de tal procedimiento, y por tanto afirmar que en este los jueces deben aplicar lo dispuesto "...por la norma común, que es la LEC, de modo que el procedimiento a seguir será el que se desarrolla en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento cautelar"¹³⁰. Elegir una u otra opción implica tener presente tres aspectos:

1. Los jueces actúan porque la Ley, no las partes, les han investido de *autoritas* y *potestas*.

2. Se espera que los jueces desempeñen una labor restringida en el arbitraje.

3. La voluntad de las partes tiene un papel preponderante en este mecanismo alternativo de resolución de controversias.

130 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 260.

Si bien es cierto que la voluntad de las partes gobierna el arbitraje, no puede perderse de vista que cuando los jueces participan en este con ocasión de las medidas cautelares, lo hacen para colaborar, realizando precisamente una de las funciones que la Ley les ha otorgado: la adopción de medidas cautelares. Por tanto, van a ejecutar una actividad que de suyo es jurisdiccional, solo que en otro ámbito, en este caso el arbitral, lo que no tiene porqué suponer que deba realizarse bajo los principios que inspiran a este, específicamente nos referimos a la autonomía de la voluntad de las partes.

Además, teniendo en cuenta que los jueces deben su competencia a la ley que es quien les enviste de jurisdicción, en contra de lo que sucede con los árbitros que adquieren su *autoritas* gracias a la voluntad de las partes, consideramos que no existen razones válidas para afirmar que estas puedan imponer a los jueces el procedimiento que deberán llevar a cabo para adoptar las medidas cautelares que les soliciten, precisamente porque ellos derivan su autoridad de la Ley.

Así las cosas, salvo que el legislador hubiere contemplado norma expresa que permitiera que las partes de un arbitraje fijasen lo relativo al procedimiento judicial de adopción de una medida cautelar, no puede existir ninguna duda de que cuando sean los jueces los competentes necesariamente aplicarán lo que al respecto se ha dispuesto en la norma procesal general sobre la adopción de medidas cautelares en un procedimiento judicial, en el caso español la LEC 1/2000, artículo 730 y siguientes, en el caso colombiano el CGP artículo 590 y siguientes. A continuación nos detendremos en el procedimiento que se deberá seguir en la jurisdicción española.

3.2. *El escrito de solicitud de medidas cautelares*

Cuando el interesado en que se adopte una medida cautelar en el arbitraje resuelve acudir ante un juez para que lo decida, se parte de la base de que este no conoce de la existencia

de tal proceso, actual o futuro –en caso de ser una medida cautelar *ante causam* la que se vaya a solicitar- y, por ende, es necesario que tal petición se formule por escrito, lo que de acuerdo con el régimen español ocurrirá válidamente siempre que se contenga en soporte papel, o bien en un medio técnico que garantice su autenticidad y dé constancia fehaciente del mismo (art. 135.5 LEC 1/2000).

Siguiendo a la LEC 1/2000, artículo 732, tendrá que decirse que en la solicitud no bastará la enunciación de aquella medida que se pretende, ya que en esta se deberá hacer un ofrecimiento de caución¹³¹, así como también acreditarse los presupuestos de la medida cautelar¹³² para evitar un abuso de la tutela judicial¹³³.

Cuando la solicitud se presente una vez el proceso arbitral ya se haya iniciado, consideramos que debe plantearse si es necesario que las partes le acrediten documentalmente al juez la existencia actual o futura del mismo, por ejemplo, con la entrega -junto con la solicitud de cautela- del convenio arbitral, o del acta de constitución del Tribunal arbitral, o simplemente con una certificación de que aquel ya está en curso¹³⁴. La duda nos surge al hilo de imaginar lo fácil que sería para quien actuara de mala fe -si no se exigiera por parte de los jueces tal documento-, lograr el decreto judicial de una medida cautelar sin que se tuviera de trasfondo un proceso arbitral, o por lo menos, la posibilidad futura del mismo.

Es cierto, tal como lo veremos más adelante, que por regla general la LEC 1/2000 exige la adopción de medidas

131 Sobre los tipos de cauciones ver por todos, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, Iurgium, 2001, pp. 751-753.

132 Ver, AAP de Las Palmas (secc. 4) n.º 141/2008, de 30 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2008/300765); AAP Zaragoza (secc. 5) n.º 328/2008, de 6 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2008/317228).

133 PÉREZ GINÉS, C. A.: "Naturaleza jurídica de las medidas cautelares", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 30, enero-junio 2010, p. 23.

134 RUIZ JIMÉNEZ, J. A.: "Las medidas cautelares en el arbitraje tras la LEC 1/2000", en *Cuestiones de práctica judicial relativas a la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*, ob. cit., pp. 158-159.

cautelares en audiencia de parte, y que por tanto allí se esperaría que la posible perjudicada con la medida se defendiera alegando, en este evento, la inexistencia de cláusula arbitral o proceso arbitral en curso. Sin embargo, también veremos que el legislador ha contemplado el decreto de medidas cautelares *inaudita parte*, y aquí cabría entonces materializar la hipótesis planteada anteriormente.

No podemos negar que el legislador guardó silencio sobre la exigencia de tal requisito; sin embargo, lo consideramos conveniente teniendo en cuenta que la injerencia que una medida cautelar supone en la esfera jurídica del que la soporta, debe estar blindada de cualquier tipo de maniobra que conlleve a que la limitación de derechos de carácter patrimonial, propia de toda cautela, se convierta en un abuso.

Al hilo de lo anterior, exigir que se acredite la existencia futura o presente del proceso arbitral, podría prevenir un uso fraudulento, por parte de los particulares, de la posibilidad de que los jueces adopten medidas cautelares en el arbitraje.

De cualquier forma, abogarse porque el interesado en la cautela le demuestre al juez la existencia futura o actual del arbitraje, no puede significar que este vaya a entrar a analizar la validez del convenio arbitral, toda vez esta es una labor que en su momento le corresponderá al árbitro. El juez debe limitarse a estudiar la procedencia o no de las medidas cautelares reclamadas, así que deberá bastarle, para evitar, decíamos, un uso fraudulento de tal institución, constatar el documento donde figure el convenio o la puesta en marcha del proceso arbitral.

De otro lado, aun cuando se espera que la parte interesada en la medida cautelar presente su solicitud con los requisitos que anteriormente señalábamos, nos parece pertinente, incluso aunque el legislador no se lo haya planteado, considerar la posibilidad de que en aquella no se acompañen todos ellos y, por tanto, determinar qué actitud debe tomar el juez frente a esto: a) rechazar la medida solicitada, o b) permitir que se subsane la petición.

La primera opción antes señalada exige sin duda una disposición legal previa que la contemple, ya que la materialización de la misma supondría una limitación a la tutela judicial efectiva y, por tanto, no sería de recibo que el juez *motu proprio* se decantara por ella.

En consecuencia, al no contar con una norma que ordene el rechazo de la cautela por la no presentación de los documentos necesarios con la solicitud de la misma, apostamos porque el juez permita su subsanación, dándole la oportunidad al solicitante de reunir los requisitos que le hubieren faltado¹³⁵. No encontramos nada que se oponga a tal posibilidad, por el contrario, no permitirlo sí supondría negar la tutela cautelar que tan importante papel juega en la consecución de una tutela judicial efectiva.

3.3. La comunicación entre el juez y el árbitro

Siguiendo el artículo 734 LEC 1 / 2000, por regla general, una vez se presente ante el juzgado la solicitud de adopción de medidas cautelares, el secretario judicial deberá notificarle al demandado la resolución que admite a trámite la misma.

No se contempla en la Ley ninguna disposición acerca de la obligación que también tendría el juez de comunicarle dicha solicitud al Tribunal arbitral siempre que fuese una medida solicitada durante el desarrollo del arbitraje (ya que de ser *ante causam* no habría árbitros a quien dirigirse); sin embargo, es oportuno plantearse si resulta conveniente que así suceda.

De acuerdo con el escenario que actualmente la LEC 1 / 2000 nos propone, ante la ausencia de la notificación al árbitro del auto que admite la cautela solicitada, este solamente

135 La misma opinión respecto a las medidas cautelares en el proceso judicial es sostenida por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, ob. cit., p. 736.

conocerá al final del proceso cautelar que se han pedido medidas cautelares ante la jurisdicción, y eso solo si las partes así se lo informan, ya que como hemos dicho *supra*, tampoco hay disposición legal que ordene dar traslado del auto cautelar a los árbitros.

La anterior situación trae consecuencias negativas para el correcto desarrollo del proceso arbitral, lo que desde ahora nos hacen afirmar que, a nuestro juicio, conviene que los jueces les informen oportunamente a los árbitros de tal solicitud. Las razones, las siguientes:

1. Son los árbitros los directores del proceso arbitral y, en consecuencia, parece lógico que los mismos estén informados de las peticiones, en este caso de medidas cautelares, que con ocasión al proceso que dirigen se están siguiendo ante los jueces¹³⁶.

2. Al ser posible, que no deseable, que las partes no utilicen adecuadamente el derecho que tienen de acudir tanto ante los árbitros como ante los jueces para solicitar la adopción de medidas cautelares, una de las vías por las que esto podría evitarse, o por lo menos remediarse, es precisamente comunicándole tal petición al Tribunal arbitral.

Así, si al momento de la comunicación judicial se estuviera surtiendo ante el árbitro la misma solicitud cautelar, se eludiría, o por lo menos se intentaría eludir, que la demanda de cautela judicial continuara. Y, hablamos de intentar porque al no haber disposición legal que obligue a los jueces a dejar de conocer de la petición cautelar, estos podrían, como decíamos anteriormente, hacer caso omiso de la información dada por los árbitros y seguir llevando a cabo el proceso cautelar como tal. Además, obraría un efecto preventivo para que el Tribunal arbitral esté alerta de las futuras peticiones de medidas cautelares que se le

136 En este sentido, LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 213-215.

presenten, y así evadir conocer de peticiones idénticas que previamente hayan sido resueltas por la jurisdicción¹³⁷.

En todo caso, de aceptarse que los jueces deben enviar tal comunicación a los árbitros, las preguntas que tendrán que responderse a continuación son, ¿qué deben hacer estos últimos en caso de constatar que en sede arbitral se les ha solicitado la misma medida que ahora se surte judicialmente, o quizás aquella que no concedieron previamente? La primera hipótesis ha sido analizada en el apartado correspondiente a la duplicidad de las solicitudes y, en consecuencia, nos remitimos a lo que allí señalamos; la segunda, será tratada en el capítulo tercero de este libro¹³⁸, y nos acogemos a lo que allí se plantee.

En conclusión, aun cuando no existe ningún mandato legal que obligue a los jueces a notificarles a los árbitros los autos cautelares que adopten con ocasión de un arbitraje, con el fin de evitar riesgos como los antes esbozados juzgamos muy conveniente que así suceda de *lege ferenda*, amparándonos en esa idea de colaboración entre el juez y el árbitro que inspira toda la regulación arbitral y que encuentra “...un campo fecundo...”¹³⁹ en la materia de las medidas cautelares.

3.4. La vista para la audiencia de partes

De acuerdo con la legislación procesal general española, dentro de los cinco días siguientes a la notificación al de-

137 Ya veíamos en el apartado sobre duplicidad de acciones que el peticionario cautelar también podrá, de forma voluntaria o en cumplimiento de una disposición legal o reglamentaria, comunicar a los árbitros la solicitud que ha presentado ante la jurisdicción.

138 Específicamente en el titulado: Acerca de la posibilidad que tiene el demandante cautelar de acudir ante el juez y el árbitro para presentar la solicitud de medida cautelar, que previamente ha sido denegada por una decisión judicial o arbitral

139 GAMBOA MORALES, N.: “Arbitraje y medidas cautelares”, en *El contrato de arbitraje* (dir. SILVA ROMERO, E.), ob. cit., p. 600.

mandado de la solicitud de una medida cautelar, el secretario judicial deberá convocar a las partes a una vista que se celebrará dentro de los diez días posteriores a tal convocatoria (art. 734 LEC 1/2000)¹⁴⁰. En pocas palabras, una vez notificado el demandado cautelar de la petición de cautela, transcurridos cinco días recibirá una nueva notificación, junto con el demandante, para la realización de la vista.

A nuestro juicio, lo anterior resultará en exceso lento cuando se produzca en el marco de un arbitraje, dada la rapidez con el que se espera se surta el mismo. Por tanto, al buscar soluciones que permitan acompasar la dinámica del proceso judicial y el mecanismo de resolución de controversias que ahora nos ocupa, consideramos que podría plantearse que en el mismo auto en el que se le notifica al perjudicado la solicitud de la medida se le convoque a la vista, notificándosele así, de forma paralela, la misma. Una disposición en este sentido podría plantearse en el propio convenio arbitral como una cuestión de procedimiento, en las normas reglamentarias de las instituciones arbitrales o, como un acuerdo procedimental entre los árbitros y las partes. Sin dudarlo, una norma en estos términos sería mucho más conveniente en el arbitraje, a efectos de evitar que la intervención judicial ponga en riesgo la celeridad propia de este.

3.4.1. Importancia y excepciones de la vista para la audiencia de partes

A nuestro juicio, el objetivo de la vista y su razón de ser, como ya lo hemos dicho en otros apartados, cobra relevancia en los eventos en los que los jueces conozcan de las solicitudes de medidas cautelares en el arbitraje.

140 Ver, CALDERÓN CUADRADO, M. P.: “La adopción de las medidas cautelares: requisitos y características del proceso cautelar”, en *Derecho Procesal Civil* (comp. GIMENO SENDRA, V.), Madrid, Iustel, 2002, B. D.: [www.iustel.com].

En términos generales, es de esperar que las partes en la vista, apoyándose en las pruebas que consideren necesarias, le manifiesten al juez, en palabras de la Ley "...lo que convenga a su derecho..." (art. 734.2 LEC 1/2000). Además, tal como lo dispone la Ley, en tal audiencia se discutirá acerca de la cuantía de la caución. También, el demandado podrá solicitar, en virtud del artículo 746 LEC 1/2000, que en caso de resultar perjudicado con la medida cautelar se le imponga una caución sustitutoria.

Si nos centramos en la audiencia que se convoca con ocasión de las medidas cautelares en un arbitraje, hay que precisar que es la oportunidad para que el demandado pueda expresar lo irreal de un proceso arbitral presente o futuro, así como también la existencia de cosa juzgada –decisión desfavorable de los árbitros o jueces– respecto a esa medida¹⁴¹, o la pendencia actual de la decisión de adopción de medidas cautelares por los árbitros o los jueces. En todo caso, frente a la cuestión de si es posible que el demandado afectado con la solicitud de la medida manifieste y sustente con posterioridad su inconformidad ante el juez, o incluso con anterioridad a la vista, la respuesta no podría ser otra que afirmar que, aun cuando sí es posible, los jueces no estarían obligados a hacer caso de tal información, teniendo en cuenta que la Ley ha determinado el momento específico de la vista para escuchar a los afectados con la medida que se pide.

En función de lo anterior, y en pocas palabras, la vista obrará como filtro de todas aquellas solicitudes de medidas cautelares basadas en el ejercicio indebido de la Ley. En consecuencia, se espera que cualquier excepción a la realización de la vista en el arbitraje esté correctamente estructurada y escrita.

141 MAS TALADRIZ, J.: "Competencia de los árbitros. Medidas cautelares. Responsabilidad de los árbitros", en *Curso de derecho arbitral* (dir. MERINO MERCHÁN, J. F.), AA. VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 173.

La rigurosa labor de redacción que se le exige al legislador, debe demostrarse con creces al momento de estipular las excepciones legales a las reglas generales, ya que conviene restringir la interpretación de las mismas para evitar que, vía de interpretación, ellas se terminen transformando en la regla general. En pocas palabras, la ambigüedad no debería irradiar una excepción legal.

Desafortunadamente, lo inmediatamente escrito es lo que ocurre con la excepción que contempla la LEC 1/2000 artículo 733.2, acerca de aquellos eventos que permiten a los jueces adoptar medidas cautelares sin audiencia previa de las partes, cuando apela a "...razones de urgencia..." (¿Acaso cuando se solicita una medida cautelar no se está siempre ante una situación urgente?¹⁴²), o a que "...la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar..." (¿No se supone que *per se* la audiencia previa pone en riesgo la efectividad de la tutela cautelar?¹⁴³), para permitir que sí así se lo 'acredita' el solicitante, no se tramite la audiencia de las partes¹⁴⁴.

Lo desacertado de esta norma radica en que podrán haber tantas posturas respecto a su interpretación, como intérpretes tenga la Ley; y, en consecuencia, corresponde a la jurisprudencia sentar criterios convincentes acerca de la forma como deben ser concebidos tales motivos de excepción.

La labor de los Tribunales no ha sido homogénea, toda vez que así como se encuentran decisiones que sí plantean

142 YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., p. 7.

143 Siguiendo a FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, ob. cit., p. 745, que bien señala que "...en la medida en que el demandado sepa que se ha solicitado frente a él una medida cautelar, se corre el riesgo de que "pueda" intentar actuaciones que "puedan" (y eso dice el art. 733 2 "pueden") comprometer el buen fin de la medida cautelar".

144 Sobre estas medidas adoptadas en caso de extrema urgencia, ver en el ámbito del arbitraje internacional YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 197-199.

qué se entiende por urgencia y necesidad, hay otras que simplemente se refieren a estos como requisitos, sin entrar a fijar posturas claras respecto al significado de los mismos. De la primera es ejemplo el AAP de Islas Baleares, (secc. 3.^a) n.º 136/2009, de 21 de julio¹⁴⁵, en donde se dice:

...la “urgencia o necesidad” ha de venir referida a las circunstancias que obstaculizan el cumplimiento de la regla general, esto es, que hacen imposible o difícil presentar simultáneamente la demanda y la solicitud de medidas cautelares (demora por la dificultad en recolectar los datos o documentos en que deba fundarse la demanda).

De la segunda, el AAP Madrid (secc. 28) n.º 98/2009, de 8 de junio¹⁴⁶, que simplemente plantea:

Ahora bien, la generalidad con que se pronuncia el legislador en relación con la solicitud de medidas previas al inicio del arbitraje obliga a integrar y adaptar analógicamente el régimen general de las medidas cautelares previsto para los procedimientos judiciales (ex art. 730 LEC) a los procedimientos arbitrales. En este sentido, no sólo es necesario que se acrediten razones de urgencia y necesidad para que estas medidas se adopten.

Sin dudar, el tema merece especial atención en materia arbitral, teniendo en cuenta la importancia de la vista para determinar la adopción o no, por parte de los jueces, de las medidas cautelares en el arbitraje¹⁴⁷. Así las cosas, preocupa que la garantía que supone la vista en la adopción de tales

145 En B. D.: Westlaw (JUR 2009/362340).

146 En B. D.: Westlaw (JUR 2009/472837).

147 En sentido contrario, LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., p. 615; BEECHY, J.; KENNY, G.: “How to control the impact of time running between the occurrence of the damage and its full compensation: complementary and alternative remedies in interim relief proceedings”, en *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration* (eds. DE LY, F.; LÉVY, L.), ob. cit., pp. 113-115.

medidas vaya a ser relativizada con la generalización de la excepción antes mencionada.

3.4.2. Los sujetos que en la audiencia deben ser escuchados por el juez

Por regla general, la LEC 1 / 2000 artículo 733 exige que el juez escuche en audiencia a aquel que, de adoptarse la medida, se supone deberá soportar la misma. Guarda silencio en relación con la posibilidad de que el árbitro tenga presencia en aquella.

Respecto a la omisión legal anterior se encuentra en la doctrina quien, aunque sin justificar, aboga por tal participación¹⁴⁸; sin embargo, a nuestro juicio, no parecería lógico que la Ley permitiera que los árbitros asistieran a la audiencia para oponerse a la medida cautelar que, por ser injusta para el demandante cautelar, consideraran improcedente, ya que si así ocurriera estarían obrando como defensor de aquel, desarrollando en consecuencia un papel que no les correspondería asumir.

Desde nuestro punto de vista, solamente cabría esperar que el legislador permitiera que el Tribunal arbitral participara en la audiencia cuando quisiera oponerse a una medida que previamente haya denegado en sede arbitral. Sin embargo, es cierto que lo anterior podría hacerse sin necesidad de comparecer ante el juez, bastaría que así lo manifestara por medio escrito, para lo cual entonces sí sería necesario que en la Ley se les ordenara a los jueces comunicar a los árbitros la solicitud de decreto de medidas cautelares que ante ellos se haya elevado.

148 NAVARRO PALACIOS, M.: “Medidas cautelares y arbitraje”, en *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, XXII Jornadas de Estudio, 20, 21 y 22 de septiembre de 2000, ob. cit., p. 762.

CAPÍTULO TERCERO

LA DECISIÓN CAUTELAR

Toda decisión cautelar tiene un continente y un contenido. El primero dependerá del órgano o autoridad que lo emita; el segundo por el contrario, sin estar condicionado a quien lo dicte, podrá consistir en una de dos opciones: la orden de adopción de la medida cautelar solicitada o la denegación de la misma. Así, cuando sean los jueces quienes decidan sobre tal petición, esta tomará la forma de un auto cautelar, cuando por el contrario sean los árbitros los competentes, por regla general aquella estará contenida en un laudo¹.

Al hilo de lo anterior, el régimen jurídico de las decisiones cautelares que se dicten con ocasión de un proceso arbitral, estará supeditado a la forma que revistan las mismas, que en definitiva dependerá de quien sea el que las haya adoptado.

I. SOBRE LAS RESOLUCIONES ARBITRALES

La importancia y la razón por la cual las decisiones arbitrales cautelares son un aspecto de obligado análisis cuando se estudian las medidas cautelares en el arbitraje, es que sin importar el sentido de la decisión emitida por el Tribunal arbitral, las mismas reflejan la relevancia que se le ha dado,

1 LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 628-631.

en el caso concreto, a la tutela cautelar en tal mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias, lo cual permeará directamente los intereses tanto del demandante como del demandado cautelar.

1. Configuración legal

Siguiendo la tendencia de las legislaciones de la mayoría de países², la ley española de arbitraje y la Ley 1563/2012 no son claras ni específicas en torno a la denominación y a la forma de las decisiones cautelares dictadas por los árbitros, pero teniendo en cuenta que las únicas decisiones que se conocen dictan los árbitros son los laudos, podría afirmarse a simple vista, que tanto en el régimen español como en el colombiano las decisiones cautelares en el arbitraje adoptan este título³. Sin embargo, es importante detenerse en ambas normativas para conocer lo que propone cada una de ellas.

En el caso español, la Ley 60/2003 solo hace referencia a las resoluciones arbitrales sobre medidas cautelares en su artículo 23.2, en el que dispone que: “A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”. Así las cosas, dado que el legislador solo emplea los términos genéricos de *las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares*, parecería enmarcado en la ley que un Tribunal arbitral optara por titular sus decisiones cautelares con un nombre distinto al de laudo⁴.

2 Una excepción se contiene en la legislación holandesa (art. 1051.3), en la que se dispone que la decisión cautelar es un laudo arbitral, Ver, *ibíd.*, p. 609.

3 Sobre la denominación de las decisiones cautelares en el arbitraje internacional, ver por todos YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 190-197, 220-222; LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 608-609.

4 GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, ob. cit., p. 133.

Lo anterior, por ejemplo, es válido a la luz de la Ley de arbitraje peruana, que expresamente señala en el artículo 47.2: “Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo...”. También, en un arbitraje administrado por la AAA que en sus reglas de arbitraje comercial establece en el R-34 (a) sin carácter imperativo, que las medidas cautelares “...may take the form of an interim award...”. Más explícito es aun el artículo 32.2 de las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en el que se dispone que las cautelas pueden tomar la forma de una orden o de un laudo⁵.

Al analizar minuciosamente la ley española juzgamos que lo más acertado es que tal tipo de decisiones arbitrales sí sean llamadas laudos. Así, si iniciamos por la Exposición de Motivos Ley 60/2003, encontramos que en ella sí se considera a las decisiones cautelares como laudos, cuando al referirse al contenido de aquellos destaca la posibilidad de dictar “...*laudos parciales*...”, e indica como ejemplo de estos los de las medidas cautelares. En efecto, dicha ilustración se hace con la intención de diferenciarlos de aquel que resuelve la controversia principal, más no la de considerar el mismo como el todo que es: aquel por medio del cual se pone fin al proceso al que incumbe, el proceso cautelar.

Si bien la motivación de la ley antes referida entiende que las decisiones cautelares son laudos parciales, en el articulado de la misma no aparece recogido aquello, debido a que en la única norma que se refiere a la misma se denominan: decisiones arbitrales sobre medidas cautelares (art. 23.2 Ley 60/2003). Así las cosas, opinamos que la ejemplificación a la que ahora nos referimos refleja la voluntad del legislador: que las decisiones cautelares se configuren bajo la forma simple de laudos.

5 Quizás influida por la Ley Modelo que distingue entre las órdenes preliminares y los laudos cautelares.

Precisamente, esa voluntad legal queda en evidencia al analizarse el artículo 37 de la Ley 60/2003, titulado “plazo, forma, contenido y notificación del laudo”, ubicado en el Título VI “del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones”, en el que si bien en principio pareciera ser por su localización de aplicación exclusiva a los laudos que resuelven la controversia principal del arbitraje⁶, resultan serlo también a las decisiones cautelares que el legislador entiende son propiamente laudos.

Así, la norma en comento no contiene un apartado inicial en el que se especifique que todo lo que en ella se dispone va dirigido a los laudos que resuelvan la controversia principal; al contrario, tal artículo 37 se encuentra estructurado en numerales, en los que si bien en el primero se hace mención a estos, entre los siguientes se encuentran algunos que se refieren de forma genérica a los laudos. En consecuencia, de lo anterior se puede colegir que la disposición en mención cubre también a las decisiones que resuelven sobre las cautelas.

Al mismo tiempo, lo dispuesto por el artículo 23.2 Ley 60/2003 nos lleva a pensar que si a las decisiones cautelares se les aplican las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos, con mayor razón los aspectos formales y de contenido de aquellas resoluciones deberán tener en cuenta lo que a su turno contempla el artículo 37 sobre los elementos y caracteres que los convierten propiamente en laudos.

Así las cosas, de la interpretación de la Ley 60/2003 realizada hasta ahora, llegamos a la conclusión que las decisiones cautelares deben tener la forma de laudos aun cuando no

6 Distinta es la postura de HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, A. e HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Comentario al artículo 37”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (COORD. GONZÁLEZ SORIA, J.), ob. cit., p. 512 para quienes es suficiente que la decisión se llame laudo, para que esta deba “...reunir, mutatis mutandis, los requisitos de forma y contenido establecidos en el artículo que estamos comentando...”.

se les titule como tal⁷. Sin dudarlo, para evitar inseguridad jurídica sería más conveniente que en el articulado de la ley estuviera establecido expresamente lo anterior, teniendo en cuenta que la ausencia de una referencia en este sentido, permitirá que válidamente los árbitros decidan cuál será el título y la forma de las decisiones cautelares que dicten⁸.

En el régimen colombiano el Decreto 1818/1998 no hacía ninguna manifestación genérica acerca de la configuración de las decisiones cautelares, incluso el propio artículo 152 que regulaba las medidas cautelares guardaba silencio al respecto. En consecuencia, para desentrañar qué estructura tenían tales decisiones en dicho ordenamiento teníamos que comenzar por indagar si estas recibían un tratamiento igual o similar a aquellos, como en su caso veíamos ocurre bajo la Ley 60/2003 que remite expresamente a las normas de anulación del laudo arbitral.

El primer inconveniente al que nos enfrentábamos era la constatación de que en la legislación arbitral de Colombia no se estipulaba alguna disposición similar al artículo 37 Ley 60/2003, que hiciera referencia al formato y contenido del laudo, lo cual no hacía viable la comparación entre estos y aquellos en los que los árbitros resolvían las peticiones cautelares. Sin embargo, si podíamos deducir que estas últimas no recibían el mismo manejo que las que contenían la decisión del conflicto principal, debido a que, como veremos en el capítulo cuarto de este libro, en este país suramericano no se contemplaba la posibilidad de que tales decisiones pudieran ser conocidas por la jurisdicción en sede de anulación.

7 En sentido contrario, ibíd., ob. cit., p. 511, para quien los árbitros tienen el deber de dictar laudos parciales cuando decidan sobre medidas cautelares.

8 Autores como MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 220-221, afirman que la potestad de determinar la denominación de las decisiones cautelares dictadas por los árbitros corresponde en primera instancia a las partes. A nuestro juicio, aun cuando en la teoría tal afirmación encuentre fundamento, la misma resulta exagerada y poco probable que ocurra en la práctica.

Así las cosas y aunque en el Decreto 1818/1998 cuando se hacía mención a las decisiones de los árbitros se les titulaba siempre como laudos, consideramos por lo hasta aquí expuesto, que no resultaba concluyente que, conforme la normativa colombiana las decisiones cautelares en el arbitraje recibieran este nombre, a nuestro juicio nada obstaba para que a dichas resoluciones se les denominara de modo distinto, toda vez que el legislador no se refirió en tales términos a las mismas, y tampoco les dio el tratamiento que tiene el laudo que resuelve el conflicto principal.

Con la Ley 1563/2012 la situación esbozada no varía sustancialmente, aunque sí en la forma. La estructura dualista de la ley colombiana, una vez más, plantea dos regímenes distintos entre el arbitraje nacional y el internacional. Así, mientras se mantiene el silencio en el ámbito interno respecto de la forma de las resoluciones arbitrales y de la propia estructura de los laudos, para el arbitraje internacional sí dispone en el artículo 80 que las medidas cautelares podrán "...decretarse en forma o no de laudo...". Lo anterior, en pocas palabras, va a significar en el ámbito del arbitraje nacional lo mismo que ocurría anteriormente bajo el régimen del Decreto 1818/1998: las resoluciones arbitrales que adopten o denieguen una medida cautelar, recibirán la denominación y configuración que le quieran dar los árbitros. Una vez manifestamos que este régimen dualista no resulta conveniente para fomentar una verdadera cultura arbitral, para ello es importante homogeneizar, que es precisamente lo que no ha querido hacer el legislador en Colombia.

2. El soporte del laudo cautelar

El numeral tercero del artículo 37 Ley 60/2003, replica en torno a la posibilidad de que los laudos consten en forma escrita o no escrita lo que ya se mencionaba, aunque de manera confusa, en la Exposición de Motivos de la Ley. Decía aquella manifestación:

...la Ley permite no sólo que el laudo conste por escrito en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que en todo caso quede constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta.

Por fortuna, el legislador español haciendo uso de una correcta redacción, trasladó el anterior planteamiento al numeral tercero del artículo 37 en comento, en el que ordenó que todos los laudos deben constar por escrito, entendiendo que ello acontece siempre que de "...su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico y de otro tipo"; lo que siguiendo a BARONA VILAR supuso configurar la libertad de conformación de las reglas en relación con las formas establecidas en la ley, en oposición a libertad absoluta de las formas procesales⁹.

Vale la pena señalar que no fue la Ley 60/2003 la primera normativa que en España contempló que los soportes electrónicos serían válidos en el ámbito judicial o arbitral. Ejemplo del primero es la LEC 1/2000, que desde el apartado IX de la Exposición de Motivos mencionó: "La Ley, atenta al presente y previsora del futuro, abre la puerta a la presentación de escritos y documentos y a los actos de notificación por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes..."

En efecto, en el artículo 162 de la misma norma se estableció que los actos de comunicación judicial podrían efectuarse por "...medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante...". Del segundo, la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*, que en su artículo 32 dispuso que en los arbitrajes que se celebraran con ocasión de un

9 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 37", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1476.

conflicto entre un prestador y un destinatario de servicios de la sociedad de la información, podría "...hacerse uso de medios electrónicos...".

A nuestro juicio, es afortunada la expresión del artículo 37 Ley 60/2003, porque no solo reconoce y garantiza la posibilidad de que las nuevas tecnologías estén presentes en el arbitraje, lo que beneficia por ejemplo la realización de arbitrajes electrónicos¹⁰, sino también porque vela por la seguridad jurídica que supone, el poder tener acceso a las decisiones tomadas por los árbitros, al contemplar que sin importar el medio que se emplee para formalizar el laudo, del mismo deberá quedar la constancia suficiente que permita su posterior consulta.

La situación en el régimen colombiano es completamente distinta a la anterior. Si bien el Decreto 1818/1998 en su artículo 158 contemplaba los aspectos externos del laudo, relacionados con la mayoría y las firmas necesarias para su adopción, guardaba silencio en torno a su continente, planteando únicamente en relación con ello, que el árbitro disidente tendría el deber de presentar por escrito los motivos de su discrepancia.

Al interpretar sistemáticamente dicha norma concluíamos que tanto el laudo como aquel parecer diferente debían realizarse de manera escrita, y dado que el continente típico de los documentos escritos es el papel, y que nada había dicho el legislador en torno a la posibilidad de utilizar soportes de tipo electrónico, considerábamos que de acuerdo con la regulación arbitral colombiana las resoluciones sobre medidas cautelares que dictaran los árbitros deberían constar por escrito, exactamente en papel.

Actualmente, la Ley 1563/2012 dispone que tanto en los arbitrajes internos como internacionales, las decisiones

10 En la misma línea, MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., pp. 171-172.

arbitrales sobre medidas cautelares tendrán que manifestarse en papel. Dicha homogeneidad no se debe al querer del Gobierno –autor del Proyecto de Ley que dio origen a la mencionada normativa– que sin importar el carácter del arbitraje la forma del laudo coincidiera, sino a que mientras para el arbitraje interno se mantiene la misma normativa que recogía el Decreto 1818/1998 al respecto (art. 38 Ley 1563/2012), para el internacional se sigue a la Ley Modelo que en su artículo 31 solo menciona que los laudos serán de forma escrita¹¹ sin hacer precisiones en torno a los soportes específicos que se pueden considerar¹².

A nuestro juicio, y por lo provechoso que resulta para la celebración de arbitrajes electrónicos, hubiese sido beneficioso para el arbitraje en Colombia permitir que los laudos arbitrales, en este caso cautelares, pudiesen estar contenidos en cualquier soporte diferente al papel que garantice su conservación y posterior constatación. Además, en el camino de este país suramericano por convertirse en el centro neurálgico de resolución de arbitrajes en Latinoamérica, la realización de arbitrajes por medios informáticos cobra importancia, aun más, si se tiene en cuenta que varias naciones de la región, siguiendo a pie juntillas lo propuesto por la Ley Modelo, no amplían el abanico de posibles soportes de laudo más allá del papel¹³. Así las cosas, se ha desaprovechado una valiosa oportunidad en Colombia de abrir las puertas a las nuevas tecnologías en el arbitraje.

11 BAÑUELOS RIZO, V.: *Arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 352-353.

12 No es de recibo interpretar *in extensum* el artículo 31 en comentario, cuando quiera que la propia Ley Modelo se ha decantado por especificar cuándo cabe comprender que es forma escrita otro tipo de soporte distinto al papel; así, en el artículo 7.3 se plantea que el convenio arbitral se entenderá que es escrito “...cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma”.

13 Como ejemplo tenemos: México, artículo 1448 Código de Comercio; Chile, artículo 31 Ley 19.971; Guatemala, artículo 40 Decreto 66; Nicaragua, artículo 57 Ley 540; Paraguay, artículo 36 Ley 1.879.

3. El contenido del laudo cautelar

La primera parte elemental y necesaria de todo laudo cautelar, es la identificación del proceso, de las partes que intervienen en este, y del asunto que se debate en el mismo. Así lo ordenaba el Decreto 1818/1998 artículo 152, aunque solamente respecto a la medida cautelar de inscripción del proceso¹⁴. Es quizás la obviedad de la incorporación de aquellos elementos en el laudo arbitral lo que ha llevado –y lleva– al legislador español y colombiano a guardar silencio al respecto.

También, deben encabezar la decisión arbitral –en el caso español por voluntad legal (art. 37.5 Ley 60/2003, que sigue el artículo 31.3 de la Ley Modelo¹⁵), de igual manera en Colombia para el arbitraje internacional, artículo 104.3 Ley 1563/2012– la fecha en la que se dicte el laudo, así como el lugar en el que se celebre el arbitraje, pues allí se entenderá que la resolución ha sido efectuada. A nuestro juicio, si bien este último aspecto formal es relevante, el primero no lo es tanto.

Partiendo de lo imperativo de señalar la fecha en la que el laudo se dictó, afirmamos que lo mismo carece de trascendencia real si tenemos en cuenta que el cómputo del término para solicitar la anulación del laudo, como se verá en el capítulo cuarto de este libro, no comenzará a contarse a partir de la fecha que aparezca en aquel, sino de aquella

14 Acerca del laudo que resuelve la controversia principal, BEJARANO GUZMÁN, R.: *Procesos declarativos*, ob. cit., pp. 485-486 plantea que “...formalmente el laudo debe atender los requisitos de toda sentencia, previstos en los artículos 303 y 304 del Código de Procedimiento Civil y de la ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia)...” que, efectivamente, hacen referencia a la obligación de que toda decisión, en ese caso judicial, contenga la identificación del proceso y de las partes, así como también la enunciación del asunto que se debate.

15 A modo de ejemplo, otros países que siguen esta disposición son: México, artículo 1448 Código de Comercio; Chile, artículo 31 Ley 19.971; Guatemala, artículo 40 Decreto 66; Nicaragua, artículo 57 Ley 540; Paraguay, artículo 36 Ley 1.879.

en la que se notifique el mismo (art. 41.4 Ley 60/2003, arts. 40 y 109 Ley 1563/2012)¹⁶.

Por el contrario, en España sí es importante que se indique el lugar en el que la resolución arbitral se ha emitido, ya que esto determinará cuál será el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) competente para conocer de la acción de anulación del laudo cautelar, teniendo en cuenta que el artículo 8.5 de la Ley española de arbitraje indica que lo será "...la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado"¹⁷. El anterior es un dato que resulta aun más significativo y reduce controversias en torno al lugar que debe entenderse como tal, en aquellos eventos en que el laudo haya sido acordado y dictado sin estar los árbitros compartiendo el mismo espacio físico, al valerse de herramientas de comunicación¹⁸.

Así bien, una vez fijados los generales de ley referidos anteriormente, en el laudo cautelar deberán constar el sentido de la decisión y la motivación de la misma¹⁹. El alcance y la extensión de aquella dependerán del criterio de cada legislador; así por ejemplo, el legislador español en el numeral cuarto del artículo 37 Ley 60/2003, establece la necesidad de que el laudo sea "...siempre motivado...", lo que analizado de cara a un laudo cautelar, supone entender que los

16 De este parecer es BAÑUELOS RIZO, V.: *Arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 354-355.

17 Antes de la reforma de la Ley 11/2011 a la Ley 60/2003, la autoridad competente para conocer de la acción de anulación del laudo cautelar era la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiera dictado aquel. Sobre esto volveremos en el capítulo cuarto de esta tesis.

18 Decimos que en Colombia no es importante el lugar de expedición del laudo cuando quiera que el juez competente para conocer de la anulación de aquel será, en el ámbito del arbitraje nacional la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, artículo 46 Ley 1563/2012, y en el ámbito internacional, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, artículo 68 Ley 1563/2012.

19 CALDERÓN CUADRADO, M. P.: "La adopción de las medidas cautelares: requisitos y características del proceso cautelar", en *Derecho Procesal Civil* (comp. GIMENO SENDRA, V.), ob. cit., B. D.: [www.iustel.com].

árbitros tienen en este el deber de consignar lo siguiente: a) las razones que los llevan a adoptar la medida cautelar, que no será nada distinto al reconocimiento del *periculum in mora* y *fumus boni iuris* que aprecian en el caso concreto; si han optado por imponer al demandante cautelar la obligación de prestar caución y en caso afirmativo, en qué consistirá la misma. Además, en aquellos eventos de medidas cautelares *inauditam parte*, también tendrán que exponer en el laudo cautelar las razones que les motivaron a adoptarlas sin escuchar al demandado; o b) la justificación del porqué desestiman la solicitud²⁰.

La disposición que ahora analizamos es el resultado de la modificación a la que fue sometida la Ley 60/2003 por la Ley 11/2011, artículo único, nueve. En la norma original se contemplaban dos eventos, tomados a su vez del artículo 31.2 de la Ley Modelo, que hacían innecesario que los árbitros motivaran el laudo siempre que: a) Las partes así lo decidieran, o b) Tratándose de aquel que resolviera la controversia final, este se alcanzara gracias al acuerdo al que previamente aquellas habían llegado²¹.

A partir de la modificación legal referida, la motivación del laudo se hace necesaria "...siempre...", excepto cuando se trata de un laudo por acuerdo de partes. Lo que en otras palabras significa la supresión de la autorización legal a las partes de convenir la omisión de aquella. A nuestro juicio, es afortunada la decisión del legislador de exigir que todos los laudos sean motivados, salvo aquellos que resultan del acuerdo entre partes (art. 36 Ley 60/2003).

Es cierto que la autonomía de la voluntad de las partes es el motor del arbitraje, y que el legislador español ha querido

20 Sobre la importancia de la motivación coincide REVERÓN PALENZUELA, B.: "Comentario al artículo 23", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 473.

21 Una disposición en igual sentido es seguida por México, artículo 1448 Código de Comercio; Chile, artículo 31 Ley 19.971; Guatemala, artículo 40 Decreto 66; Nicaragua, artículo 57 Ley 540; Paraguay, artículo 36 Ley 1.879.

darle a esta el espacio suficiente para que se desenvuelva. También es cierto, que la vía para conseguir la materialización de lo anterior ha sido la limitación de los mandatos legales imperativos, lo que al mismo tiempo ha supuesto fijar únicamente parámetros comunes que otorgan a las partes un amplio margen de acción. En términos generales, lo anterior es positivo porque rescata la esencia propia del arbitraje; sin embargo, a nuestro juicio en casos como el que ahora revisamos no resulta conveniente su aplicación, ya que al ser irrenunciable por acuerdo entre las partes aquella que se considera la garantía a la propia tutela judicial efectiva²² en un proceso arbitral: la acción de anulación del laudo²³, mucho menos podrá ser debilitada por voluntad de las partes la herramienta que precisamente permitirá en un futuro, acceder a aquella acción con posibilidades de vencer: el laudo motivado. Lo contrario supondrá materializar una falsa tutela judicial, ya que contar con un laudo cautelar que no ha sido explicado ocasionará, con lógica, una acción de anulación que no llevará a ningún lugar, teniendo en cuenta que la autoridad judicial carecerá de elementos para juzgar los posibles vicios formales del laudo.

Así las cosas, y aun a sabiendas de que en la práctica, por las razones antes esbozadas, difícilmente se configuraba un pacto de exclusión de la motivación del laudo²⁴, tenemos

22 Interesante la exposición de ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: *La anulación del laudo arbitral el proceso arbitral y su impugnación*, Granada, Editorial Comares, 1996, pp. 59-61, quien presenta la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de anulación, desde una óptica distinta a la planteada por nosotros: la de aquel como fundamento de esta.

23 Como bien lo expone la SAP de Madrid (secc. 14) n.º 834/2005, de 30 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2006/57400): “...las exigencias derivadas del artículo 24 CE se satisfacen sobradamente con los mecanismos y supuestos de anulación previstos en la vigente Ley de Arbitraje, por cuanto aseguran un *mínimum* irrenunciable (el respeto al convenio arbitral libremente pactado, a la propia Ley de Arbitraje y a las garantías del propio artículo. 24 CE)”.

24 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 37”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1487-1488.

que decir que la opción legal en *pro de* la autonomía de la voluntad contemplada en el artículo 37.4 original Ley 60/2003, era, a nuestro juicio, un exceso que podía llegar a poner en peligro la tutela judicial efectiva²⁵. Por tanto y teniendo en cuenta lo que al respecto señalamos anteriormente, nos congratiamos con la reforma legal del artículo ahora visto, que exige que todo laudo, en este caso cautelar, sea siempre motivado.

Muy a nuestro pesar, la norma propuesta por la Ley Modelo artículo 31.2, matizada por el legislador español en la Ley 11/2011, ha sido contemplada en la Ley 1563/2012 para ser aplicada a los arbitrajes internacionales (art. 104.2). Las críticas y desventajas que esbozamos en su momento en torno a la posibilidad de que por la voluntad de las partes los árbitros puedan omitir la explicación de su decisión, son totalmente trasladables a la legislación del país suramericano.

De otra parte, en el mismo artículo original 37.3 Ley 60/2003, previéndose que en un arbitraje con pluralidad de árbitros algunos no compartían la decisión de la mayoría, antes de la reforma de la Ley 11/2011 se permitía que los árbitros manifestaran "...su parecer discrepante...", que no era nada distinto a la argumentación del porqué no participaban de la decisión mayoritaria de adoptar o denegar la cautela²⁶. Pues bien, con la reforma se modificó la redacción y ahora se autoriza a los árbitros dejar constancia en el laudo "...de su voto a favor o en contra...", lo que significa que la actual

25 No queremos dejar pasar la oportunidad de señalar que por estas razones anteriormente esbozadas, no compartíamos que las partes pudieran acordar que el laudo que dictaban los árbitros para resolver la controversia principal, no fuera motivado. En el mismo sentido ver BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 36", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1422-1423.

26 Una disposición similar se encuentra en el régimen arbitral de Guatemala, artículo 40.2 Decreto 67-95; y en el de Perú, artículo 55.1 Decreto Legislativo 1071/2008.

legislación española permite expresamente, ya no solo que los inconformes manifiesten su posición en el laudo, como hacía el artículo original, sino también que lo hagan los que votaron a favor de la decisión que en aquel se adoptó.

Aunque es destacable la precisión que ha tenido el legislador en torno a la reforma anterior, la alternativa antes señalada que incorpora la Ley 11/2011 ya era posible realizarla bajo la norma original, pues el silencio del legislador en torno a tal posibilidad no podía entenderse como prohibitivo, nada impedía a la luz de la Ley 60/2003 original que incluso aquellos que hubiesen estado de acuerdo con la decisión dictada manifestaran el porqué de su decisión²⁷.

Finalmente, al tratarse también de una cuestión de la propia esencia de todo documento emitido por una autoridad que imparte justicia en el marco de un proceso contencioso, resulta necesaria la posibilidad de conocer la identidad de aquellos que han suscrito el mismo. Así, el legislador español en el numeral tercero del artículo 37 Ley 60/2003, y el artículo 104.1 Ley 1563/2013, señala que cuando se trate de un arbitraje con pluralidad de árbitros el laudo deberá contar con las firmas de la mayoría de ellos, o incluso solo la de su presidente, debiendo en todo caso justificar en el mismo laudo el porqué la ausencia de las demás firmas.

En conclusión, ya sea en el régimen español o colombiano, se espera que los árbitros hagan constar la decisión cautelar, sea cual fuera su sentido, en un laudo, que de ser en España podrá materializarse en un soporte distinto al papel que permita su posterior constatación, en el que se señale fecha y sobre todo el lugar en el que se ha dictado, y se fundamente la decisión que en él se adoptó. También, que incluya en los laudos de los arbitrajes de árbitro único la firma de este, y en los arbitrajes con pluralidad de árbitros

27 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 37", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1483-1484.

la de todos ellos, o al menos la del presidente del Tribunal arbitral, explicando el porqué no todos han firmado.

4. Momento de adopción de la decisión arbitral

Por ser el arbitraje un mecanismo de resolución de controversias basado en la autonomía de la voluntad de las partes, resulta adecuado que sea precisamente aquella voluntad conjunta la que determine a los árbitros el momento en el que deben dictar el laudo admitiendo o desestimando las medidas cautelares, lo que supondrá que estén sujetos, en cada caso concreto, a lo que a bien tuvieren las partes en señalar.

Lo anterior es precisamente lo que sucede bajo el régimen arbitral español y el colombiano en materia del arbitraje internacional. Por el contrario, en el régimen arbitral colombiano nacional, el artículo 32 estipula que los árbitros deben seguir lo que a su turno disponen "... las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código Contencioso Administrativo y las disposiciones especiales pertinentes", apartado que no podemos dejar de criticar debido a que limita la autoridad de los árbitros y desdibuja la autonomía de la voluntad como pilar estructural del arbitraje.

De otra parte, en aquellos casos en que, tratándose de un arbitraje institucional, las partes nada hayan dispuesto al respecto, habría que estar a lo que indique el reglamento arbitral que deben seguir los árbitros en cada caso concreto; por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece en su artículo 23: "...el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar...cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas". Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) dispone en su artículo 37.3 "...que los árbitros resolverán sobre las medidas solicitadas previa audiencia de todas las partes interesadas".

En todo caso, en el régimen arbitral español el momento en el que los árbitros deben adoptar la decisión cautelar está condicionado por el artículo 35 Ley 60/2003, que sigue al artículo 29 de la Ley Modelo²⁸, como quiera que establece que, tratándose de un arbitraje con pluralidad de árbitros, las resoluciones que en materia cautelar se adopten, a menos que las partes hayan dispuesto cosa distinta, deberán ser tomadas por la mayoría de los árbitros²⁹. Teniendo en cuenta que aun cuando el legislador no establece a qué tipo de mayoría se refiere³⁰, lo que una vez más lleva al intérprete a la ‘libertad’ de decantarse por uno de los diversos tipos que existen³¹, la ley sí exige un consenso que trasladado al ámbito de las decisiones cautelares supone mayor cantidad de tiempo en la adopción de las mismas, lo que a su vez repercutirá negativamente en la celeridad con la que se espera sean decretadas³².

28 Esta disposición a su turno es seguida por México, artículo 1446 Código de Comercio; Chile, artículo 29 Ley 19.971; Nicaragua, artículo 55 Ley 540; Paraguay, artículo 33 Ley 1.879.

29 El artículo 35.2 Ley 60/2003 dispone para los casos en los que no se logre la mayoría que, salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el Presidente del Tribunal arbitral podrá adoptar unilateralmente la decisión. Esta disposición no es de aplicación cuando se trata de laudos cautelares, teniendo en cuenta que la solución que propone el legislador está pensada para cuando la decisión sea sobre “...ordenación, tramitación e impulso procesal”.

30 A nuestro juicio, lo más conveniente será optar por la mayoría absoluta de gran tradición jurídica en el ordenamiento jurídico español.

31 Por ejemplo, mientras GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al artículo 35”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 562, opta por la mayoría simple; otros como BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 35”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1405-1406, se decantan por la mayoría absoluta.

32 No queremos dejar pasar la oportunidad de unirnos a la crítica que BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 35”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1401-1403 hace a la excepción legal que contempla este artículo en torno a la posibilidad que tienen las partes de disponer un sistema de adopción de decisiones colegiadas distinto a los establecidos en la Ley, cuando quiera que es una materia que afecta al sistema arbitral en sí mismo y, por tanto, es excesiva la libertad de disposición que allí se otorga a las partes.

Las mismas consideraciones críticas respecto a la mayoría exigida por el legislador español, son procedentes para el régimen arbitral internacional colombiano, debido a que en el artículo 102 de la Ley 1563/2013 se dispone una copia casi textual del artículo 29 Ley Modelo, que ya veíamos es a su vez seguido por el artículo 35 Ley 60/2003.

5. Notificación del laudo cautelar

La ausencia de norma arbitral especial –como es lógico– acerca de la notificación del laudo cautelar, obliga a revisar las disposiciones legales que existan sobre la misma materia pero en función de los laudos que resuelvan controversias definitivas. Así, en el caso de la regulación española serían los artículos 5 y 37 Ley 60/2003 los que correspondería transponer a efectos de analizar la notificación de las decisiones cautelares.

Del artículo 5 de la Ley 60/2003 que hace parte del Título I sobre “disposiciones generales”, y que contempla lo concerniente a “notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos”, se concluye que las partes tienen reconocida la libertad para determinar la forma en la que realizarán la notificación de los laudos, lo que significa que, una vez más, el legislador español ha apostado por la voluntad de las partes como configurador del arbitraje. En todo caso, esta norma también dispone subsidiariamente, para cuando nada hayan establecido las partes al respecto, un listado de carácter abierto sobre los distintos medios de comunicación que serán válidos para efectuar “...toda notificación...”, siempre que permitan constatar su emisión y su recepción³³.

Vale la pena mencionar aquí lo importante que resulta para ambas partes que se les notifique la decisión cautelar,

33 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 37”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1531.

teniendo en cuenta que tanto el demandante como el demandado cautelar tienen serios intereses en las decisiones arbitrales que se adopten en torno a la materia. Al demandante por su parte le resulta provechoso conocer, en especial, el laudo que deniegue la adopción de la medida cautelar para efectos de reorientar su 'estrategia', y al demandado, aquella que adopte tales medidas, por ser él, en principio, el perjudicado con la misma.

Adicionalmente, el derecho a la correcta notificación del laudo cautelar fue protegido por el legislador español con la acción de anulación, al establecer en el artículo 41.b) Ley 60/2003 que una indebida notificación podría ser alegada por ambas partes como causal de nulidad del laudo, que adelantando diremos, también es de aplicación al laudo cautelar.

La aplicación del mencionado artículo 37 Ley 60/2003 a la notificación de los laudos cautelares debe centrarse en lo planteado en su numeral séptimo acerca de la obligación que tienen los árbitros de notificar a las partes, en el plazo que ellas hayan dispuesto, el laudo que han dictado, y que cuando nada dijese al respecto, bastaría que se entregara un ejemplar a cada una de ellas. En todo caso, y sobre esta última hipótesis, el legislador no señaló el plazo en el que tal entrega deberá hacerse, lo que nos lleva a afirmar que el mismo dependerá de lo que a bien decidan los árbitros.

Trasponiendo lo anterior al laudo cautelar, afirmamos que este deberá ser notificado, en principio, en el término y con la forma que hayan indicado las partes para el efecto, y si nada han dicho al respecto, en aquel que consideren los árbitros y en la forma que crean más conveniente.

También incumbe a efectos de la notificación del laudo cautelar, lo dispuesto en el numeral octavo del artículo 37 Ley 60/2003 ahora comentado: el laudo cautelar podrá ser "*...protocolizado notarialmente...*", para ello la parte interesada deberá solicitarlo a los árbitros antes de que sea comunicado. Aun cuando nada dice el legislador acerca de quién debe

asumir el costo de tal procedimiento, en justicia procede que el mismo esté a cargo del que lo haya solicitado.

En el régimen arbitral colombiano, una vez más, el Decreto 1818/1998 guardaba silencio sobre un aspecto procesal tan importante como lo es la notificación de las decisiones dictadas por los árbitros. No nos extrañaba la ausencia de directrices en torno a los mecanismos de notificación sino la omisión total a la cuestión, incluso a la autonomía de la voluntad de las partes que es precisamente a quien se debe el arbitraje.

Se había entendido en la doctrina³⁴ que era a los árbitros, en cada caso concreto, a quienes correspondía determinar la forma de notificación de las decisiones cautelares, y que para ello les servía de apoyo lo contemplado en la legislación procesal general –vigente en ese momento– acerca de las notificaciones realizadas por los jueces de los autos cautelares (arts. 681 a 692 CPC); se entendía, claro está, que esto sucedería siempre y cuando no se tratara de un arbitraje institucional, ya que en estos casos habría que estarse primero a lo que planteara el Reglamento arbitral del Centro que acogía el arbitraje. Por ejemplo, el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, dispone en su artículo 16 lo siguiente:

Las notificaciones que el CAC o el Tribunal remita a las partes, sus apoderados, árbitros y secretario, se entienden válidamente efectuadas enviadas a la dirección electrónica que ellos indiquen en los escritos de demanda y/o contestación respectivos. En caso de no contar con alguna o algunas de dichas direcciones, la noticia se hará llegar a la dirección indicada por las partes o la que conste en el directorio de árbitros y secretarios del Centro.

Aun cuando considerábamos válido que los árbitros a la hora de efectuar una notificación cautelar se guiaran por

34 BENETTI SALGAR, J. J.: *El arbitraje en el Derecho Colombiano*, ob. cit., pp. 326-327.

lo dispuesto en la normativa procesal general, el variopinto abanico de posibilidades que esto suponía, teniendo en cuenta que no era a una única norma a la que podían acogerse los árbitros, sino las varias –muchas– que estableció el legislador al respecto, eran una razón de peso para cuestionar el silencio del Decreto 1818/1998 sobre la materia y, sobre todo, hacer una llamado al legislador para que regulara la misma.

La situación anterior se mantuvo, por lo menos en relación con el arbitraje nacional, con la Ley 1563/2012 que guarda un desafortunado silencio en la materia. Por el contrario, tratándose del arbitraje internacional se sigue casi a pie juntillas lo planteado por la Ley Modelo para la notificación del laudo que resuelve la controversia final.

El artículo 65.a) de la Ley 1563/2013, inspirado por el artículo 3 Ley Modelo, dispone que todas las notificaciones se entenderán recibidas el día en que se entreguen personalmente al destinatario en la dirección señalada en el contrato o, en la dirección o residencia habitual, o lugar de las actividades principales de aquel; y, de no ser posible efectuar ninguna de las anteriores notificaciones ante la imposibilidad de determinar uno de aquellos lugares, la misma se entenderá realizada el día en que se haya entregado o intentado su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia del intento de notificación personal. Lo anterior va de la mano del artículo 104.4 Ley 1563/2013, que sigue al artículo 31.4 Ley Modelo, que dispone expresamente: “Una vez dictado el laudo, el tribunal lo notificará a las partes mediante la entrega de sendas copias firmadas por quienes lo suscribieron”.

Enfrentando la normativa colombiana antes vista a lo contemplado en la Ley 60/2003, concluimos que mientras el legislador español al apostar por la autonomía de la voluntad de las partes en materia de notificaciones se distancia de la Ley Modelo, la Ley 1563/2012 toma partido por la autoridad que le inspira la normativa de la CNUDMI, y renuncia a

arriesgarse y a darle prevalía a la libertad arbitral. A nuestro juicio, siempre que nos encontremos en el marco de un mecanismo de resolución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes como lo es el arbitraje, el punto de partida no debe ser otro distinto a que la voluntad de aquellas no solo alcanza para darle inicio al mismo, sino también forma y contenido, lo que significa que al momento de su configuración lo que debe primar son las decisiones de consuno que en él se alcancen. Lo anterior es precisamente lo que consigue el legislador español, y quisiéramos hiciese el colombiano al permitir que el criterio de notificaciones en un arbitraje sea fijado en primera instancia por las partes.

Y aunque la Ley 1563/2012 no se congracie con la voluntad de las partes, sí lo hace con la tecnología, porque al ir más allá de lo que le propone la Ley Modelo, ha dispuesto en el artículo 65.b) la posibilidad de efectuar notificaciones por medios electrónicos. No puede decirse que el camino emprendido en solitario por el legislador colombiano en esta materia sea corto—o tímido—, el Gobierno colombiano—autor del Proyecto de Ley que dio origen a la Ley 1563/2012— no solo plantea tal posibilidad sino que da un paso adicional al fijar las coordenadas de interpretación de la notificación por este medio, aunque claro está, omitiendo la posibilidad de que las partes dispongan acerca de cómo podría entenderse efectuada la notificación que hiciese uso de medios electrónicos. Expresamente el precepto expone:

La notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación de arbitraje, caso en cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario.

6. El carácter irrecurrible de los laudos cautelares

La construcción del arbitraje como un proceso de única instancia, responde a la idea de que este mecanismo de resolución de controversias está fundado en la autonomía

de la voluntad de todos aquellos que han escogido esta vía procesal como la más adecuada para resolver sus conflictos³⁵, lo cual viene a suponer que existe por parte de ellos una confianza especial en los árbitros, así como también su deseo –consciente- de renunciar al proceso civil³⁶.

Los anteriores factores, sumados a la estructura horizontal característica del sistema arbitral, han llevado a la doctrina y, casi siempre al legislador, a concluir lo improcedente que resulta concederle a los laudos el carácter de recurribles. Un claro ejemplo de ello es el régimen arbitral español, en donde luego de una tradición jurídica en la que se permitía apelar y casar el laudo arbitral³⁷, se ha adoptado en los últimos años la corriente generalizada en la mayoría de países occidentales de no permitir someterlo al control de una autoridad judicial.

En la otra cara está el legislador colombiano, que contemplaba desde el Decreto 1818/98, artículo 166, la posibilidad de que contra el laudo arbitral se interpusiera el recurso extraordinario de revisión, por los motivos y trámites señalados en el CPC. Actualmente así lo plantea para el arbitraje nacional la Ley 1563/2012 artículo 45. De la misma corriente son las legislaciones argentina³⁸, chilena³⁹, boliviana⁴⁰ y nicaragüense⁴¹.

35 MONROY CABRA, M. G.: “Recursos contra el laudo arbitral”, en *El contrato de arbitraje* (dir. SILVA ROMERO, E.), ob. cit., p. 671.

36 En la SAP de Barcelona (secc. 15) n.º 238/2009, de 8 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/417963) lo expresado *supra* se expone en pocas, pero, precisas palabras: “...la institución arbitral se asienta en la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de los árbitros con exclusión de la intervención judicial...”.

37 Bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante LEC de 1881) se permitían los recursos de apelación y casación contra los laudos arbitrales, situación que se modifica a partir de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que mantiene el recurso de casación para los arbitrajes en derecho y, simultáneamente, suprime el de apelación. Posteriormente, la Ley 36/1988 hace imposible legalmente el recurso de casación en sede arbitral.

38 El artículo 758 del Código Procesal permite que, salvo renuncia expresa de las partes, todos los laudos arbitrales sean objeto de los mismos recursos contemplados para las sentencias en la norma procesal general.

El planteamiento que apunta al carácter no recurrible del laudo, da pie a otras posiciones que propenden por la posibilidad de contemplar que los laudos arbitrales sean susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción⁴².

En efecto, dado que en la práctica es común ver que los arbitrajes impuestos y no consensuados no relativizan el carácter absoluto de la autonomía de la voluntad, puede discutirse si realmente está justificado que el legislador acepte en función del reconocimiento de aquella 'libertad de las partes', que una decisión arbitral vulneradora de derechos que no pueda ser accionada en anulación por no encuadrar en ninguno de sus motivos, no tenga alguna posibilidad de ser cuestionada ante una autoridad judicial. Con aquello, y a nuestro juicio exagerando la cuestión, se facilitaría que "...el Derecho permitiera la existencia, sin oportunidad alguna de revisión, de un laudo directamente contrario a ese mismo Derecho"⁴³.

De otra parte, con el ánimo de que los laudos puedan ser revisados por una autoridad distinta al Tribunal arbitral que los dicta, se ha planteado también en la doctrina y en algunas legislaciones como la de Los Países Bajos⁴⁴ y El Salvador⁴⁵, una especie de recurso de apelación "...dentro del propio

39 El artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales establece idéntica disposición y salvedad a la planteada en el artículo 758 del Código Procesal de Argentina; pero, únicamente, para los laudos dictados en derecho o mixtos, con ocasión de un arbitraje interno.

40 Contempla en el artículo 66 Ley 1770/1997 *de Arbitraje*, la figura del recurso de compulsa contra la resolución que rechaza el mal llamado recurso de anulación que en realidad es una acción.

41 En el Código de Procedimiento Civil artículo 2076, consagra la posibilidad de ir en casación contra los laudos arbitrales.

42 RUÍZ GONZÁLEZ, M. A.: "La inseguridad del arbitraje en España", en *Diario La Ley*, n.º 7823, Sección Tribuna, 22 Mar. 2012, año XXXIII, Editorial La Ley, en B. D.: [www.diariolaley.es] (La Ley 2657/2012).

43 NIEVA FENOLL, J.: "Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral", en *Jurisdicción y Proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 942.

44 The Netherlands Arbitration Act 1, artículo 1050 del Code of Civil Procedure.

45 Decreto Legislativo 914/2002, en adelante, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, artículo 67.

sistema arbitral..."⁴⁶, es decir, ante otro Tribunal también arbitral. En la misma sintonía se encuentra lo regulado en el Convenio CIADI artículo 51, en torno a la posibilidad de que en determinadas ocasiones el laudo sea revisado en la medida de lo posible por el mismo tribunal que lo dictó.

Vistos los anteriores criterios, diversos y contrapuestos, y teniendo ahora la oportunidad de tomar partido respecto a lo anterior, plantearemos la cuestión de cara a los laudos cautelares.

Por medio de la acción de anulación se pretende rescindir la cosa juzgada del laudo arbitral, para ello habrá que encauzar la supuesta vulneración en uno de los motivos establecidos por el legislador. Como dice BARONA VILAR⁴⁷:

No puede establecerse con carácter abstracto o genérico esta posibilidad de ejercitar la pretensión rescisoria de la cosa juzgada del laudo arbitral, por cuanto se crearía una situación de inseguridad jurídica evidente, al dejar abierta la posibilidad de cuestionar aquélla por cualquier motivo.

Así las cosas, al ser posible intentar la anulación de un laudo cautelar, es también necesario adelantar que resulta complejo encajar las violaciones cometidas con ocasión de un laudo cautelar en las causales de anulación establecidas en la ley. Sin embargo, a nuestro juicio, esta situación no justifica admitir que los laudos arbitrales puedan ser recurridos ante la jurisdicción. Tampoco la creación de un recurso de apelación o revisión dentro del propio sistema arbitral.

Es cierto que a primera vista resulta lógico y casi obvio afirmar que da mayor garantía que una decisión pueda ser conocida por dos autoridades diferentes. Sin embargo, en

46 MUÑOZ SABATÉ, L.: "El arbitraje de apelación", en *Diario La Ley*, n.º 7053, año XXIX, ref. D-320, 11 de noviembre de 2008, B. D.: [www.leynexus.com].

47 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1662.

relación con el proceso cautelar juzgamos conveniente que este tema sea analizado bajo el prisma de la celeridad que del mismo se espera.

Así las cosas, si nos planteamos lo debatido a partir del interés real en que la decisión cautelar se dicte y ejecute lo más pronto posible, no resultará acertado optar por la impugnación de los laudos cautelares si tenemos en cuenta que esto implicará mayor duración del proceso cautelar, y quizás, mayor tardanza en la ejecución de la cautela.

No consideramos de recibo que el discurso en la dirección antes indicada sea interpretado como menos proteccionista. A nuestro juicio, no puede entenderse que el proceso arbitral, y más concretamente el cautelar que en este se surta, tal como está ahora contemplado, es menos garante por el hecho de no gozar de una doble instancia. Al contrario, el legislador ha dotado de distintas herramientas al proceso cautelar arbitral que lo blindan de decisiones arbitrarias, contrarias y vulneradoras de derechos.

Así, desde el mismo momento en el que se les permite a las partes elegir a los árbitros que ellas consideren más convenientes o se les da la oportunidad de tomar parte en la adopción de las cautelas, ya están teniendo una mayor intervención que en el proceso judicial, por lo que su participación activa juega como elemento diferencial respecto de aquel, y es por ello que afirmar que se produce una desprotección no responde a un criterio que exija identificar ambos modelos heterocompositivos.

Por todo lo anterior, no sería consecuente manifestar la desprotección en la que se encuentran aquellos que deciden ir a arbitraje por causa de la imposibilidad de que las decisiones, en nuestro planteamiento cautelares, sean recurridas.

II. ACERCA DE LOS AUTOS CAUTELARES

Mientras que en España el procedimiento para la adopción de medidas cautelares se encuentra unificado en la

LEC 1/2000⁴⁸, en Colombia el CGP regula un procedimiento particular para cada una de las medidas cautelares, lo que supone que el juez aplica en cada caso concreto lo que se ha dispuesto en los artículos 588 y ss CGP, de acuerdo con la medida cautelar que se pretenda adoptar.

1. Contenido del auto cautelar

Siguiendo el artículo 735.2 LEC 1/2000⁴⁹, en el auto en que se adoptan las medidas cautelares se deben contemplar los generales de ley (identificación del proceso y de las partes), las cautelas que se ordenan, “...el régimen a que han de estar sometidas...” y, también, lo referente a la caución que tiene que prestar el beneficiado con la cautela.

Llama la atención que en la misma norma en comentario el legislador haga énfasis en lo que parece obvio: los elementos que debe constatar el juez para adoptar las medidas cautelares solicitadas, expresamente dice:

Si el tribunal estimare que concurren todos los requisitos establecidos y considerare acreditado, a la vista de las alegaciones y las justificaciones, el peligro de la mora procesal, atendiendo a la apariencia de buen derecho, accederá a la solicitud de medidas...

Nos parece excesiva tal norma teniendo en cuenta que previamente en los artículos 726 y 728 del mismo catálogo legal, se ordenan los requisitos de las medidas cautelares que se piden ante la jurisdicción, al ser en consecuencia

48 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: “Artículo 730”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A; RIFÀ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 3303.

49 Ver AAP de Las Palmas (secc. 5) n.º 116/2011, de 30 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/331692); AAP de Guipúzcoa (secc. 3) n.º 10/2010, de 22 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2010/1815); AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 77/2009, de 12 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2009/1344).

evidente, sin necesidad de que así se escriba, que a los jueces les corresponda comprobarlos a efectos de adoptarlas.

De otro lado, cuando no se haya celebrado la vista, la LEC 1/2000 exige que en el auto que resuelve la petición cautelar se expresen las razones por las que se decidió no escuchar a las partes en la audiencia (art. 733.2)⁵⁰.

Los mismos elementos que, de acuerdo con el artículo 735.2 LEC 1/2000 antes visto, contienen todos los autos cautelares dictados por los jueces españoles, estos son: los generales de ley, las cautelas que se ordenan, el régimen al que se sometan, y la caución que se le exija al solicitante de la cautela, deberán estar también presentes en los autos cautelares que dicten los jueces en Colombia con ocasión de un proceso arbitral de carácter internacional. A esta conclusión llegamos cuando revisamos las distintas normas dispuestas en el CGP, artículos 588 y ss.

2. Momento de adopción del auto cautelar

Frente a la solicitud de medidas cautelares el juez podrá adoptar una de dos decisiones posibles: estimación o desestimación. En el régimen español cualquiera de ellas deberá ser tomada dentro de los cinco días siguientes, bien de la vista celebrada con las partes (art. 735.1 LEC 1/2000)⁵¹, bien de la solicitud de adopción de medidas cautelares sin vista previa (art. 733.2 LEC 1/2000).

50 Ver, AAP de Madrid (secc. 25) n.º 125/2011, de 21 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/289517); AAP de Barcelona (secc. 11) n.º 119/2011, de 24 de mayo (JUR 2011/257960); AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 66/2010, de 22 de abril, B. D.: Westlaw (AC 2010/1227); AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 44/2009, de 9 de febrero, B. D.: Westlaw (AC 2009/714); AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 69/2008, de 24 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2008/1761).

51 Ver SAP de Guipúzcoa (secc. 3) n.º 101/2010, de 22 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2010/1815); AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 72/2008, de 11 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2008/355350).

En el régimen colombiano, de acuerdo con el artículo 588 CGP el momento en el cual deberán los jueces adoptar las medidas cautelares, será “a más tardar al día siguiente del reparto o a la presentación de la solicitud”.

3. Notificación del auto cautelar

No contempla la Ley 60/2003 ninguna disposición que haga referencia a quiénes deben notificar los jueces el auto que estima o desestima las medidas cautelares; sin embargo, a la luz de los principios procesales que deben orientar el arbitraje no puede hacerse nada más que afirmar que resulta obvio que será a las partes a quiénes el juez deberá comunicar el mismo.

Aun cuando ni la LEC 1/2000 ni la Ley 60/2003 lo contemplan, es conveniente preguntarse, teniendo en cuenta la colaboración debida entre la jurisdicción y el arbitraje, la utilidad de que los jueces le notifiquen al Tribunal arbitral competente (aquel en el que se debe resolver la controversia sujeta a tal decisión cautelar), el auto que estima o desestima las medidas cautelares solicitadas.

Desde ahora apostamos por la importancia de comunicar el auto cautelar a los árbitros, como quiera que a ellos, como directores del proceso arbitral, les interesa conocer lo que sucede en torno al mismo. Además, dado que la tutela cautelar afecta al arbitraje en su fase declarativa, es evidente el Tribunal arbitral deberá saber de tal auto. En todo caso, somos conscientes que la ausencia de norma legal que les obligue a realizar dicha notificación, conlleva a que nuestra consideración se quede en una simple recomendación, que la atamos a la importancia de establecer foros comunes a árbitros y jueces.

Sin embargo, no debe ignorarse que el desconocimiento de estas decisiones judiciales por parte de los árbitros, trae consigo una serie de riesgos que se matizarán en cada caso concreto por el sentido del auto cautelar.

Así, si el auto admite las medidas cautelares pedidas, y en consecuencia ordena su adopción y ejecución, casi no habría necesidad de que los jueces le informaran a los árbitros sobre el mismo, ya que con total seguridad el demandante cautelar favorecido lo pondrá en conocimiento de aquellos con la intención de que tal valoración judicial positiva, a favor de su postura, repercuta beneficiosamente en el arbitraje.

Por el contrario, si el auto cautelar inadmite la solicitud de medidas cautelares, puede ocurrir que el afectado con tal decisión quiera evitar que esta llegue a oídos de los árbitros, para así intentar ante ellos idéntica petición, aunque de manera fraudulenta. En este caso, desde nuestro punto de vista se torna importante que los jueces le notifiquen al Tribunal arbitral este tipo de decisión, toda vez que aun cuando se suponga que un demandado cautelar acucioso se la comunicará a los árbitros, es cierto que mayor seguridad se tendría si fuesen los jueces quienes la informaran a aquellos; de esta forma se evitaría un uso indebido de la posibilidad legal de gestionar la adopción de medidas cautelares de unos y otros.

En consecuencia y por las razones antes esbozadas, consideramos conveniente que de *lege ferenda* se inste a los jueces para que notifiquen a los árbitros los autos cautelares que dicten con ocasión de un proceso arbitral, al menos aquellos en los que se desestima tal solicitud⁵². No necesariamente tendrá que ser una notificación en sentido formal, lo importante es que cumpla con el objetivo de informarle al árbitro la resolución cautelar.

52 En todo caso, afirmamos, y por lo argumentado en su momento en el capítulo segundo en el epígrafe correspondiente a la comunicación entre árbitros y jueces, que lo realmente conveniente sería que los árbitros conocieran de las medidas cautelares solicitadas a la jurisdicción con ocasión del arbitraje que ellos dirigen, desde el momento mismo de la presentación de la solicitud, en virtud de la notificación por parte de los jueces del auto que admite a trámite este.

En todo caso, en virtud del artículo 150.3 LEC 1/2000, el legislador sí podrá disponer en un futuro una de las dos alternativas propuestas, y de hacerlo, deberá también regular aspectos procedimentales necesarios para lograr llevarla a cabo; por ejemplo, determinar quién estará obligado a suministrar los datos del Tribunal arbitral, y por qué medios sería viable realizarla.

Desde aquí proponemos que la obligación de comunicación esté a cargo de aquella parte que intenta la adopción de medidas cautelares, a quien habrá que exigirle que demuestre que ha puesto en conocimiento del Tribunal arbitral la misma. Respecto a los medios que deberán usar las partes para realizarla, creemos provechoso que se opte por la libertad de formas, lo que permite en consecuencia que las partes libremente elijan el instrumento para poner al Tribunal arbitral al tanto del auto cautelar. Solamente cabría exigir que aquel que elijan permita su posterior constatación.

Una situación similar al régimen español se presenta en Colombia en relación con el arbitraje internacional.

El artículo 588 CGP dispone que el juez deberá comunicar el decreto de medidas cautelares "...a quien deba cumplir la orden". Nada se dispone en el CGP en torno a la comunicación que deberá existir entre jueces y árbitros con ocasión de la solicitud de medidas cautelares a la jurisdicción. Al mismo tiempo, las razones por las cuales es importante que el Tribunal arbitral conozca de las decisiones cautelares son idénticas en uno y en otro sistema. Por lo tanto, para ser consecuentes con lo formulado *supra* en torno al arbitraje en España, ahora trasladamos al arbitraje en Colombia las mismas conclusiones y propuestas realizadas en su momento respecto de aquel, todas englobadas en la necesidad de que el Tribunal arbitral conozca de la decisión judicial en torno a la solicitud de adopción de medidas cautelares formulada por una parte en el arbitraje.

4. Recursos contra el auto cautelar

De acuerdo con la LEC 1/2000, del sentido del auto que decide sobre la adopción o no de medidas cautelares dependerá la procedencia de algún recurso contra el mismo y, particularmente, los recursos contra los autos favorables al demandante cautelar estarán condicionados a sí en el proceso cautelar se surtió o no audiencia previa de las partes.

Así, si se concede la medida cautelar, el artículo 733.2 de la Ley procesal general española contempla que el auto que se adopte siguiendo la excepción *inauditam parte*-, no tendrá recurso alguno. En cambio, el afectado sí podrá oponerse al mismo dentro de los veinte días siguientes a que se le notifique el auto que adoptó las cautelas (arts. 739 a 742⁵³).

Sabiendo que el juez no tiene ninguna obligación legal de exigirle a la parte solicitante los documentos que acrediten el convenio arbitral, o cualquier otro que demuestre que se surte un proceso de este tipo –aun cuando, también lo decíamos *supra*, es lo que se espera pidan a los demandantes–, así como tampoco de comunicarle tal petición al Tribunal arbitral, aunque apostamos por que así se haga, podría, por qué no, darse el caso de decretar una medida cautelar con ocasión de un supuesto arbitraje que en realidad no existe, y allí sin dudarlo la oposición jugará un papel importantísimo.

Piénsese que los jueces al no escuchar ni siquiera a la parte afectada con la tutela ni al Tribunal arbitral, no tendrían elementos suficientes para determinar si existe o no el arbitraje que se alega. En consecuencia, podría perfectamente desfavorecerse la esfera jurídica de una persona,

53 Ver AAP de Madrid (secc. 25) n.º 204/2007, de 15 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2007/2316); AAP de Cuenca (secc. 1) n.º 14/2008, de 25 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2008/172399); SAP de Tarragona (secc. 3) n.º 235/2009, de 3 de julio, B. D.: Westlaw (AC 2009/1805); AAP de Madrid (secc. 28) n.º 171/2009, de 15 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/468477).

supuestamente en garantía de un arbitraje, aun cuando este ni siquiera sea real, dándose lugar, en consecuencia, a una grave situación de vulneración de derechos que supondría la necesidad del perjudicado de pedir ante la jurisdicción la tutela de los mismos.

Por lo anterior, es afortunada la posibilidad que tiene la parte débil de oponerse a la decisión cautelar estimatoria adoptada *inauditam parte*, debido a que este es el instrumento legal con el que cuenta para poner en conocimiento del juez aquellas situaciones que tornan la decisión judicial abusiva e injusta.

De otra parte, si el auto que concede las cautelas se dicta después de haberse escuchado a ambas partes, podrá ser apelado sin efectos suspensivos (art. 735.2 LEC 1/2000) -siendo necesaria la protesta previa-, siempre que lo que se vaya a apelar esté relacionado con las resoluciones dictadas por el juez durante la vista.

En cambio, si el juez hubiese decidido negar la medida cautelar solicitada, carecerá de importancia si hubo o no audiencia previa, y de este modo el artículo 736 dispone que podrá interponerse recurso de apelación contra aquel auto, "...al que se dará una tramitación preferente"⁵⁴.

Por su parte, en el régimen arbitral colombiano hay que aplicar el artículo 321.8 CGP que dispone que los autos que resuelvan sobre medidas cautelares siempre son apelables.

Al hilo de lo expuesto hasta ahora no queremos dejar pasar la oportunidad de mencionar lo desacertado que resulta para este sistema de resolución de conflictos, por perjudicar la celeridad propia del mismo, que las decisiones judiciales sobre las medidas cautelares que en él se adoptan, puedan estar sometidas a una segunda instancia. Piénsese

54 Ver ATS Sala de lo Civil (secc. 1) de 15 de septiembre, B. D.: Westlaw (RJ 2009/6499); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 412/2007, de 26 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2007/201317).

por ejemplo en el daño que se le ocasionaría a ambas partes, y a la propia Administración de Justicia, si se revoca en apelación un auto cautelar después de haberse proferido el laudo que resuelve la controversia principal, o *ad portas* de que aquello sucediera.

En el primer evento es claro que, antes que las partes, la verdadera afectada con tal sentencia revocatoria vendría a ser la Administración de Justicia, pues las partes ya habrán visto resuelto el conflicto y, en caso de que el sentido del laudo arbitral fuese en contra del demandante cautelar, el demandado ya habrá podido reclamar la caución constituida a su favor. En cambio, para la Administración su aparato jurisdiccional se ha puesto en marcha con todos los costos operacionales que ello supone, para que al final el resultado de tal actuación, la decisión judicial revocatoria de la medida cautelar, se quede en el papel y no cobre ningún sentido frente al pleito que la originó.

Teniendo en cuenta que la situación conflictiva antes planteada se debe precisamente a la dinámica propia del sistema judicial y al intento legislativo de que este engrane en el arbitraje, de cara a una regulación especial podríamos considerar viable apoyar soluciones que exceptuaran la segunda instancia de los autos que decidan cautelas con ocasión del arbitraje. Sin embargo, no apostamos por la concreción de esta idea, ya que teniendo en cuenta la reticencia que el legislador ha tenido en torno a la creación de normas propias para el procedimiento cautelar que lleven a cabo los jueces con ocasión de un arbitraje, seguramente la misma le resultará excesiva.

A nuestro juicio, lo que realmente interesa es que el colectivo de abogados y asesores de quienes van a este mecanismo de resolución de controversias, tome conciencia de informar adecuadamente a las partes las consecuencias que acarrea acudir a los jueces para que adopten medidas cautelares, de esta manera aquellas estarían debidamente enteradas y podrían decidir conforme a sus intereses.

En sintonía con lo anterior, nos parece oportuno hacer referencia a los cinco mecanismos contemplados por RAMOS ROMEU⁵⁵ para lograr lo que él llama "...medidas óptimas...". Dichos mecanismos presentan una mirada preventiva que podría suponer, evitar o por lo menos disminuir la necesidad de impugnar tales decisiones judiciales: 1) Establecer un sistema de responsabilidad del demandante por los daños que pueda sufrir el sujeto pasivo; 2) Privar al demandante de todos los beneficios injustificados que obtuviera con su solicitud de tutela cautelar; 3) Que el juez controle que la medida sea realmente óptima; 4) Prever un sistema de multas administrativas o penales; y 5) Establecer una tasa o impuesto que los solicitantes de tutela cautelar se vieran obligados a pagar para poder acceder a dicha tutela.

III. ACERCA DE LA POSIBILIDAD QUE TIENE EL DEMANDANTE CAUTELAR DE ACUDIR ANTE EL JUEZ Y EL ÁRBITRO PARA PRESENTAR LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR QUE PREVIAMENTE HA SIDO DENEGADA POR UNA DECISIÓN JUDICIAL O ARBITRAL

El artículo 736.2 LEC 1/2000 expone: "Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición". Esta norma, referida únicamente a la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción, condiciona, a la variación de las circunstancias dadas al momento de la petición inicial, la posibilidad de presentar nuevamente ante un juez idéntica demanda.

Por su parte, el artículo 690.2 CPC expresamente señalaba: "No procederán las medidas cautelares que hayan sido negadas anteriormente", pero a diferencia del régimen español, no establecía ninguna salvedad a tal prohibición.

55 RAMOS ROMEU, F.: *Las medidas cautelares civiles, análisis jurídico-económico*, ob. cit., pp. 40-42.

Sin embargo, con buena lógica la doctrina interpretó que aquella disposición "...ha de advertirse solamente si las condiciones en las que se solicita nuevamente el decreto de medidas denegadas, siguen siendo las mismas"⁵⁶, lo que, en otras palabras, suponía afirmar que siempre que las circunstancias que rodearon la petición denegada de medidas cautelares hubiesen cambiado, podría intentarse nuevamente la adopción y práctica de aquellas ante la autoridad competente. La situación anterior cambió a partir del CGP que no establece norma alguna similar al artículo 690.2 CPC referido *supra*.

No se encuentra en la Ley 60/2003, tampoco en la Ley 1563/2012, una disposición similar a las anteriores. Tampoco alguna que prohíba a las partes de un arbitraje presentarle idéntica petición de medida cautelar a aquel que no conoció de la inicialmente demandada. En consecuencia, a primera vista consideramos que, de configurarse en el arbitraje una hipótesis como la antes esbozada, nada impide que la parte interesada pueda acudir nuevamente ante el Tribunal arbitral a solicitar la cautela deseada.

Sin embargo, la legalidad o no de la materialización de esta posibilidad dependerá de la primacía que se otorgue, bien al derecho a la tutela cautelar, bien a la cosa juzgada, tanto arbitral como judicial, y en todo caso, deberá tenerse en cuenta la alternativa que la Ley de arbitraje española y la Ley de arbitraje colombiana en relación con el arbitraje internacional, otorgan a las partes de solicitar medidas cautelares a jueces o a árbitros⁵⁷.

56 BEJARANO GUZMÁN, R.: *Procesos declarativos*, ob. cit., pp. 69-70.

57 En este sentido, VIDAL FERNÁNDEZ, B.: "Comentario al artículo 11", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 260; ARANGUENA FANEGO, C.: "Artículo 23", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., pp. 431-432; COLMENERO GUERRA, J. A.: "La intervención del juez en el arbitraje de consumo (RD 231/2008). Medidas cautelares, pruebas, medios de impugnación y ejecución", en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.),

Apostar por la prevalencia del derecho a la tutela cautelar supondrá permitir que, ante la denegación judicial o arbitral de una medida cautelar, las partes puedan ir ante los árbitros o jueces –según corresponda– a reproducir la misma petición, que es lo que, aunque bajo otros supuestos, contempla ya el Arbitration Act inglés de 1996 en su artículo 44.6:

If the court so orders, an order made by it under this section shall cease to have effect in whole or in part on the order of the tribunal or of any such arbitral or other institution or person having power to act in relation to the subject-matter of the order.

Lo anterior repercute en favor del derecho a la tutela cautelar, en cuanto es válido que las partes ejerzan aquel ante diferentes autoridades (jueces-árbitros), intentando por distintas vías la protección cautelar.

En cambio, preferir la cosa juzgada significa negar la posibilidad de que una decisión cautelar dictada por los árbitros pueda ser ignorada por una decisión judicial posterior, o viceversa; salvo que las circunstancias que rodearon la adopción de la medida hubieren cambiado, caso en el cual, conforme al artículo 736.2 LEC 1/2000 podrá procurarse la nueva petición.

Teniendo en cuenta lo anterior, y al ser necesario optar por una de las dos alternativas antes expuestas, nos inclinamos hacia la última (cosa juzgada), y en consecuencia, se niega que la parte interesada en una cautela que previamente ha

ob. cit., p. 315. Otra cosa considera SENÉS MOTILLA, C.: *La intervención judicial en el arbitraje*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 81-82, para quién bajo la lupa de lo que el legislador ha dicho en la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003: “Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes...” esta posibilidad significa que “...una vez que el solicitante ejercite la opción sus efectos se prolongan hasta la finalización del proceso arbitral, con la doble consecuencia de no ser admisible la solicitud simultánea o sucesiva de una misma medida ante jueces y árbitros, pero tampoco la solicitud aleatoria de medidas diferentes en sedes distintas”.

pretendido sin éxito obtener la misma, pueda solicitarla posteriormente a aquel que no conoció de aquella⁵⁸, excepto que cambiaran las circunstancias que rodearon la adopción de la medida.

A nuestro juicio, no sería un argumento válido para inadmitir esta segunda petición, esgrimir la ausencia de buena fe procesal en tal conducta, pues este doble intento de conseguir la medida esperada no defrauda tal principio⁵⁹. Vemos posible que incluso al demandante le interese, en aras de su argumentación, poner en conocimiento del ahora competente que en el pasado ha acudido ante la otra autoridad para reclamar por los mismos motivos la medida que actualmente solicita.

Así las cosas, consideramos que los jueces o los árbitros deberían, según corresponda, previa constatación de la decisión respectiva que niega el decreto de una medida cautelar, cancelar el trámite de adopción de la misma. Sin embargo, el silencio legal seguramente ocasionará que los jueces o los árbitros, dependiendo de ante quién se eleve la segunda petición, no acepten fácilmente denegar el trámite de una medida cautelar, o incluso la adopción de esta, aun cuando se les señale que antecede una decisión desfavorable al respecto.

58 En sentido contrario, LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A.; KROLL, S. M.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., p. 625, que en pro de la autonomía del arbitraje expresan lo siguiente: “Ultimately arbitrators should have the final word and be allowed to overrule, release or vary interim measures ordered by state courts”.

59 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1055-1056. En sentido contrario, ARANGUENA FANEGO, C.: “Artículo 23”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 432, para quien proceder a solicitar la misma medida antes denegada ante una autoridad distinta a la que resolvió la cuestión, no es procedente toda vez que “...el citado principio de buena fe procesal impediría esta situación”; de la misma opinión es: ORTEGO PÉREZ, F.: “Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, p. 231.

De todas formas, incluso sin reconocimiento legal expreso, las partes tienen distintos instrumentos legales que les permitirán intentar que los jueces o los árbitros no continúen conociendo de la solicitud de cautela que ha sido denegada previamente por la autoridad competente.

Cuando la segunda demanda de medidas cautelares se formule ante la jurisdicción, el demandado cautelar podrá alegar en la vista la excepción de cosa juzgada, señalando precisamente que ya existe una decisión cautelar, bien arbitral, bien judicial, que deniega la adopción de las mismas cautelas que ahora se reclaman.

Cuando sean los árbitros quienes van a resolver de la petición de adopción de una medida cautelar respecto de la cual ya existe cosa juzgada judicial, podrá aplicarse por analogía el artículo 22 Ley 60/2003, o el 79 Ley 1563/2012 siempre que llegase a ser aprobado, acerca de la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia –que a su turno siguen el artículo 16 Ley Modelo–, y en consecuencia, será la demandada cautelar quien estará facultada para oponerse a que los árbitros conozcan de la misma⁶⁰.

Si bien es cierto que no existe ni en la ley española, ni en la ley colombiana, alguna norma que prohíba a las partes acudir ante la autoridad que no ha conocido de la petición cautelar inicial para formular nuevamente la misma, a nuestro juicio, y en razón de la primacía de la cosa juzgada, no sería de recibo que se le diera trámite a esta segunda solicitud. No obstante, mal haríamos si negáramos lo complejo que resulta que de oficio se pueda tener conocimiento en aquello al momento de la admisión.

60 En el ámbito internacional hay quien opina que los árbitros podrán ignorar la decisión previa del juez, y otorgar la medida que previamente se le solicitó a este. En tal sentido, ver YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., p. 108. En oposición, LAPIEDRA ALCAMI, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 211-213.

IV. MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para hablar de la modificación de una medida cautelar debemos ubicarnos en el escenario en el que la tutela judicial se encuentra previamente materializada en un auto, o laudo, en el que se decretó una cautela que soporta el demandado cautelar, la cual ahora, en virtud del carácter variable de todas las medidas cautelares, va a ser sustituida por otra.

La instrumentalidad inherente a las medidas cautelares plantea la necesidad de que las mismas sean útiles al proceso con ocasión al cual se declaran y por ello, la posibilidad de modificar las medidas cautelares es esencial para la tutela cautelar.

La concreción de la modificación no supone la alteración de los presupuestos de la medida cautelar, al contrario, dado que son requisitos indispensables para el mantenimiento de la tutela cautelar, será necesario que permanezcan el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la caución. Lo que si cambia cuando la sustitución sea procedente es la *causa petendi*, lo cual viene a significar la ausencia de cosa juzgada en el caso concreto⁶¹.

Interesados en conocer los lineamientos legales de la modificación de las medidas cautelares en la legislación arbitral española y colombiana, revisamos la Ley 60/2003 y la Ley 1563/2012, y nos percatamos de lo siguiente: al seguir el silencio de la Ley Modelo original, ni el artículo 23 –del primer catálogo legal– dedicado a las medidas cautelares, ni ninguna otra disposición de la legislación interna en mención, establecen o hacen referencia a dicha materia. Por su parte, la Ley 1563/2012, al seguir el artículo 17D Ley Modelo, determina en su artículo 84 que en el arbitraje internacional el Tribunal arbitral podrá modificar toda medida cautelar

61 Ver por todos, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 309-312, 344-346.

“...a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de ello a las partes”.

Al hilo de lo anterior, y teniendo en cuenta que la posibilidad de que las medidas cautelares inicialmente decretadas sean sustituidas por otras viene dada por el carácter variable propio de toda cautela⁶², la ausencia de normativa especial no puede llevar a concluir que bajo la Ley 60/2003 y el régimen del arbitraje nacional de la Ley 1563/2012, resulta inviable, jurídicamente, que aquellas se modifiquen. Es decir, el que las medidas cautelares puedan ser sustituidas no es una prerrogativa que sea otorgada por el legislador. Las cautelas gozan de ella toda vez que la prerrogativa hace parte de su propia naturaleza jurídica.

1. Autoridad competente

Quien conoce de la solicitud inicial de adopción de medidas cautelares, mantiene su competencia para resolver sobre las distintas vicisitudes que se suscitan con ocasión de las mismas, en este caso, precisamente, la sustitución de aquellas⁶³.

Partiendo de lo anterior, en el régimen del arbitraje nacional colombiano son los árbitros los facultados para modificar las medidas cautelares que previamente decretaron en un arbitraje, ya que, como vimos en su momento, en ellos reside con exclusividad la competencia para concederlas. En todo caso, en materia de arbitraje internacional, tanto árbitros como jueces, podrán sustituir las medidas cautelares que a su turno adopten en un arbitraje internacional, debido a que la normativa propuesta les autoriza para el efecto (art. 71).

62 PÉREZ GINÉS, C. A.: “Naturaleza jurídica de las medidas cautelares”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, ob. cit., pp. 16-17.

63 En el mismo sentido, CUCARELLA GALIANA, L. A.: “Artículo 23. La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares”, en *Anuario de Justicia Alternativa: dedicado a Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, n.º 5, 2004, p. 99.

Nos detendremos a analizar la modificación que llevan a cabo árbitros y jueces bajo la regulación de la Ley 60/2003. Pero antes, es pertinente revisar la solicitud de parte como requisito para iniciar el procedimiento de modificación.

Al hilo de lo anterior, consideramos que no tiene sentido preguntarse si es posible bajo la legislación arbitral española, en virtud de la intervención judicial negativa, que los árbitros sean competentes para modificar las medidas cautelares previamente decretadas por los jueces⁶⁴, ya que la participación que estos tienen en el arbitraje con ocasión de la modificación de las cautelas no debe interpretarse como una intervención independiente, al contrario, debe entenderse que la hacen en el marco de aquel proceso cautelar que iniciaron facultados por la autorización de la ley.

Sin embargo, hay legislaciones paradigmáticas como es el caso de la peruana (Decreto Legislativo 1971/2008), que, contrario a lo anterior, dispone expresamente en su artículo 47.6 que, a partir de la constitución del Tribunal arbitral, este deberá seguir conociendo de todo lo relacionado con las medidas cautelares que se le solicitaron previamente a los jueces. En otras palabras, aquellas cautelas adoptadas por la jurisdicción que pretendan ser sustituidas una vez puesto en marcha el procedimiento arbitral, serán competencia de los árbitros. Expresamente dice:

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

64 Discrepamos así de lo planteado por MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 303-305.

2. Solicitud de parte

Por regla general, y en función de lo rogado del sistema cautelar, a nuestro juicio, toda sustitución será procedente cuando la parte interesada procure la misma de la autoridad competente⁶⁵.

Sin embargo, con base en que la Ley 60/2003 no dice nada al respecto, es pertinente preguntarse la validez de un eventual acuerdo de las partes en el que convengan que los árbitros pueden modificar, por iniciativa propia, las medidas cautelares que previamente hubieran adoptado, o incluso, si ante el silencio de aquellos los árbitros pueden *motu proprio* abrogarse tal facultad, tal como lo propone la Ley Modelo artículo 17D, que a su turno sigue la Ley 1563/2012, artículo 84.

Dijimos en su momento que la justicia que imparte la tutela cautelar es de carácter rogado. También, que el motor del arbitraje es la autonomía de la voluntad. En esa medida, el legislador solamente ha dado un marco general en el que se entiende que debe operar el arbitraje, impulsado por el concierto de voluntades de las partes en conflicto.

De lo anterior, puede extraerse que hay argumentos en el caso concreto, para optar a favor o en contra de la facultad de los árbitros de modificar, sin petición de parte, las medidas cautelares. Así, si nos acogemos a lo rogado de la tutela cautelar, tendríamos que decir que las medidas cautelares únicamente podrán ser sustituidas cuando las partes lo soliciten. Si, por el contrario, nos decantamos por la primacía de la autonomía de la voluntad, deberíamos aceptar que las partes convinieran válidamente que los árbitros decidan cuándo modificar las cautelas.

65 En el mismo sentido, CUCARELLA GALIANA, L. A.: "Artículo 23. La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares", en *Anuario de Justicia Alternativa: dedicado a Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, ob. cit., p. 105.

Nos inclinamos por la última alternativa: es válido el acuerdo suscrito entre las partes acerca de la facultad del Tribunal arbitral de sustituir una medida cautelar sin petición de parte, teniendo en cuenta que confluyen aquí la autonomía de la voluntad que no ha sido limitada por el legislador, y la autoridad de los árbitros como directores del proceso arbitral.

Decíamos también que cabe preguntarse si los árbitros podrán, incluso sin el respectivo acuerdo de partes, sustituir por voluntad propia las medidas cautelares. Adelantábamos *supra* que lo anterior precisamente está contemplado en el artículo 17D de la Ley Modelo CNUDMI (producto de las enmiendas realizadas a la ley en el año 2006⁶⁶), que se refiere a la facultad del Tribunal arbitral de modificar en situaciones excepcionales, por iniciativa propia y previa notificación de las partes, las medidas cautelares que hayan adoptado.

El artículo 84, Ley 1563/2012 acoge tal disposición en el ámbito del arbitraje internacional. Por su parte, la Ley 60/2003 es anterior a tales enmiendas, aunque claro está, si aquella posición hubiese sido del agrado del legislador español, se habría recogido en la Ley 11/2011 que modificó la Ley 60/2003.

Así las cosas, dado que la regla general de la tutela cautelar es su carácter rogado, a la luz de la legislación española juzgamos necesario para que los árbitros autónomamente puedan modificar las cautelas, bien la autorización legal, o bien el convenio de las partes al respecto. Por lo tanto, no juzgamos procedente que los árbitros, *motu proprio*, sin contar con una autorización legal o convencional previa, puedan sustituir las medidas cautelares.

66 Sobre esta modificación en concreto, ver GRAHAM, L. E.: "Interim measures – ongoing regulation and practices (a view from the UNCITRAL arbitration regimen)", en *50 years of the New York Convention* (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), ob. cit., p. 542.

3. Procedimiento

Al ser viable que tanto jueces como árbitros tengan competencia para conocer de las medidas cautelares en un arbitraje, y dado que los procedimientos judiciales y arbitrales se asientan en bases distintas, se hace necesario analizar lo relativo al procedimiento de modificación de las medidas cautelares de forma individual, bien de cara a la jurisdicción o bien, de cara al arbitraje.

3.1. A cargo de la jurisdicción

Como quiera que sean los jueces los encargados de la modificación, deberá revisarse lo que al respecto disponga la norma procesal general de la jurisdicción, aun más cuando no existe norma especial referida al arbitraje. Así, en el régimen español habrá que estarse a lo establecido por la LEC 1/2000, y en el colombiano, a lo señalado en el CGP, artículo 590.

En la LEC 1/2000 el primer artículo del capítulo IV de la *modificación y alzamiento de las medidas cautelares* (art. 743)⁶⁷, contempló que las cautelas serían objeto de sustitución cuando la parte interesada alegara y probara hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de la concesión o dentro del plazo para oponerse a aquellas.

Por remisión de la norma antes señalada, cuando le corresponda a los jueces modificar una medida cautelar previamente decretada por ellos, deberán seguir el procedimiento fijado a partir del artículo 734 LEC 1/2000, que a su vez, hace parte de aquel dispuesto para la adopción de las mismas.

67 Estudios sobre el mismo en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.); TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.; CASERO LINARES, L.: *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ob. cit., pp. 109, 265, 343. CALDERÓN CUADRADO, M. P.: "La adopción de las medidas cautelares: requisitos y características del proceso cautelar", en *Derecho Procesal Civil* (comp. GIMENO SENDRA, V.), ob. cit., B. D.: [www.iustel.com].

Pues bien, con ocasión del estudio del procedimiento seguido ante los jueces para la concesión de medidas cautelares, analizamos tal artículo 734 LEC 1/2000 que dispone la práctica de la vista para la audiencia de partes en el proceso cautelar judicial. En su momento, señalamos lo desafortunado que resulta la aplicación de este artículo cuando de una medida cautelar adoptada para un proceso arbitral se trate, por lo amplio de los términos que en este se contemplan: notificación al demandado para la celebración de la vista dentro de los cinco días siguientes a la solicitud, y realización de la misma dentro de los diez días siguientes a tal notificación; es decir, una media de quince días entre que el interesado plantea su solicitud ante el juez y se lleva a cabo la vista, más cinco días que tiene el juez para decidir en un auto sobre aquella.

Dado que el interesado en que se le sustituya la medida cautelar que está soportando deberá, por mandato legal, presentar su petición ante el juzgado, que a su vez tendrá que actuar conforme los términos anteriormente señalados para la vista del proceso cautelar (art. 734 y ss LEC 1/2000), caben aquí las mismas consideraciones críticas que en su momento hicimos con ocasión de la aplicación de estos artículos en el arbitraje: resulta exagerado y contraproducente para el ritmo propio de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, que procedimientos paralelos y necesarios al mismo, como lo es el cautelar, no guarden simetría con aquel en los términos procesales.

La ausencia de agilidad en el procedimiento judicial de modificación de medidas cautelares puede hacer que la duración del proceso judicial exceda al propio arbitraje y, por tanto, la resolución en torno a la sustitución llegue cuando este ya hubiera finalizado, privando así a las partes en este mecanismo de resolución de controversias de instituciones tan importantes para la tutela judicial efectiva como son las medidas cautelares.

Con el ánimo de superar los planteamientos y proponer alternativas de solución a aquellas situaciones legales que

resultan fundadamente inconvenientes, consideramos que repercutiría a favor de la celeridad del arbitraje que en el auto en el que se notifica la solicitud de sustitución de la medida se convoque a la vista, y que de forma paralela, se le notifique la misma al demandante (esta fórmula ya la expusimos cuando nos referimos a la situación que se presenta en torno al procedimiento de solicitud inicial de medidas cautelares ante la jurisdicción).

3.2. *A cargo del Tribunal arbitral*

La ausencia de lineamientos legales específicos nos obliga a seguir a la autonomía de la voluntad como pilar fundamental del arbitraje, por lo tanto, en primera instancia habrá que determinar si las partes dispusieron algunas reglas de procedimiento particular, o por el contrario, se remitieron a un reglamento arbitral específico, caso en el cual tendrá que actuarse conforme tales disposiciones, siempre y cuando respeten los principios procedimentales del arbitraje.

Y es que como claramente ha señalado ESPLUGUES MOTA:

...El anclaje de la institución en la autonomía de la voluntad se manifiesta en el hecho de que sean las partes las que, en ejercicio de su discrecionalidad, especifiquen las pautas de desarrollo del procedimiento arbitral, ya sea de forma directa –concretándose por ellas los términos exactos del mismo– o indirecta –a través de la remisión a una institución arbitral y a su reglamento–, adaptándolo a sus necesidades y exigencias...⁶⁸.

Cuando las partes hubiesen tenido una actitud pasiva y, en consecuencia, no existiera ninguna disposición en torno al

68 ESPLUGUES MOTA, C.: “Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso latinoamericano”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), ob. cit., p. 51.

procedimiento de modificación de las cautelas, los árbitros deberán actuar conforme a su propio criterio, respetando en todo momento, los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

4. Decisión de modificación

La regla general es que las decisiones arbitrales que resuelven sobre la modificación de las medidas cautelares, por la propia configuración del proceso arbitral, no tienen segunda instancia.

Por el contrario, los autos en los que los jueces decidan sobre idénticas solicitudes, sí gozarán de los recursos que a su turno se establecen en las leyes procesales generales. Así, en Colombia tendrá que aplicarse el artículo 321.8 CGP, y en España habrá que estarse a los artículos 735 y 736 LEC 1/2000, a quienes ha remitido el artículo 743 de la misma norma procesal general.

Somos conscientes de que en el régimen español cabría una interpretación en sentido contrario a la anterior, ya que la norma especial de modificación no señala expresamente el carácter recurrible de los autos cautelares (art. 743 LEC 1/2000). Sin embargo, a nuestro juicio, la ambigüedad legal debe entenderse positivamente, teniendo en cuenta que el reenvío es general a los artículos que a su turno contemplan la adopción de medidas cautelares, uno de los cuales incluye la posibilidad de interponer recursos. Además, si el legislador hubiese querido que tales autos no pudieran ser recurridos, lo lógico sería que así lo hubiera determinado, ya que conocía que los artículos a los que remitía incluían disposiciones al respecto.

Conforme la LEC 1/2000, la excepción la configuran los autos que resuelvan sobre la solicitud de modificación de una medida cautelar por una caución sustitutoria, toda vez que el propio artículo 747.2 LEC 1/2000 ordena que contra aquel, que “...no cabrá recurso alguno”⁶⁹.

En pocas palabras, el anterior panorama supone que las decisiones sobre la modificación de las medidas cautelares, únicamente tienen segunda instancia cuando quienes resuelvan sobre ellas sean los jueces, y siempre y cuando la pretendida no sea una caución sustitutoria.

No puede concluirse que la situación anteriormente esbozada significa que el proceso cautelar ante los jueces es más garante que el surtido ante los árbitros. Cómo lo hemos dicho en repetidas ocasiones, el sistema judicial y el arbitraje, aun cuando comparten el mismo objetivo, resolver controversias, tienen características distintas que los hacen diferentes.

Así las cosas, afirmar que la modificación cautelar ante los jueces es más garante porque sus decisiones gozan de una segunda instancia, es una postura errónea cuando se tiene como fondo un arbitraje.

Hemos repetido en varias ocasiones que es una característica fundamental del arbitraje la celeridad, y por lo tanto, no son convenientes todas aquellas situaciones que pongan en riesgo la misma, lo que precisamente puede ocurrir cuando con ocasión de la participación de los jueces en este se incorporan indirectamente a tal proceso las normas procesales generales.

Esto precisamente ocurre cuando hablamos de la modificación de las medidas cautelares por los jueces, debido a que, tal como expusimos previamente, la LEC 1/2000 y el CGP permiten que las mismas sean conocidas en segunda instancia, lo que significa mayor cantidad de tiempo empleado en la resolución de la sustitución.

Una vez más queda demostrado lo difícil que es la sincronización de las normas procesales generales con la

69 Sobre las disquisiciones que surgen del carácter irrecurrible de las decisiones sobre la caución sustitutoria, ver Díez-Picazo, Giménez, I.: "Comentarios artículos 746-747 LEC 1/2000", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 1257-1259; Fernández Gil, C.: *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 1464-1465.

esencia del arbitraje. Somos conscientes de las dificultades de plantear una regulación procesal específica para cuando los jueces deban actuar en este mecanismo de resolución de controversias, y por ello la importancia que vemos en el papel activo de los abogados al momento de asesorar a sus clientes acerca de las ventajas y desventajas del mismo⁷⁰, exactamente, en el caso que nos ocupa, solicitar a los jueces la adopción de medidas cautelares con ocasión de este.

V. ALZAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES

La figura que ahora nos ocupa se presenta en un escenario en el que la tutela cautelar se encuentra materializada en una decisión, judicial o arbitral, que adopta una medida cautelar que ha sido soportada por el demandante cautelar.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre cuando se sustituye una cautela, la regla general del alzamiento es que los presupuestos básicos de toda medida, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, han dejado de existir, tornándose en consecuencia innecesaria la tutela cautelar. En todo caso, estas causas pueden mantenerse, pero aun así configurarse situaciones que conlleven el alzamiento de las cautelas.

La instrumentalidad, temporalidad y provisionalidad que caracterizan a las medidas cautelares, se materializan con el alzamiento de las mismas⁷¹. Precisamente, la vocación de finitud con la que surgen al mundo jurídico todas las cautelas, hace que no sea indispensable, para que pueda ser posible –una discusión diferente es la conveniencia o no de este silencio–, que el legislador establezca su alzamiento en la ley.

70 Oportunas son las palabras de DE ALFONSO, J. M.: “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 3, 2011, p. 40, cuando dice: “El nuevo impulso del arbitraje demanda más que nunca profesionales especializados que conozcan bien sus reglas y ventajas”.

71 CALDERÓN CUADRADO, M. P.: “La adopción de las medidas cautelares: requisitos y características del proceso cautelar”, en *Derecho Procesal Civil* (comp. GIMENO SENDRA, V.), ob. cit., B. D.: [www.iustel.com].

En efecto, lo anterior es lo que se presenta en la actual legislación arbitral española, donde la Ley 60/2003, no se expresó en torno a la materia. La situación bajo la normativa colombiana era algo similar, mientras para una de las dos medidas cautelares que allí se contemplaban: inscripción del proceso, sí se disponía el alzamiento de la medida; respecto del secuestro de bienes inmuebles se guardaba silencio (art. 152 Decreto 1818/1998). La anterior tendencia cambió con la Ley 1563/2012, que para el arbitraje nacional dispuso en el artículo 32 que *el levantamiento* se somete a las normas procesales generales, y para el arbitraje internacional se sigue el artículo 17D Ley Modelo que plantea la “revocación” de las cautelas por parte del Tribunal arbitral.

1. Autoridad competente

Quien ha sido facultado para adoptar una medida cautelar, por regla general deberá serlo también, y a pesar del silencio legal, para conocer de todas aquellas vicisitudes que se presenten con posterioridad en torno a las mismas. Es decir, los árbitros tendrán que alzar las medidas que en su oportunidad adoptaron vía decisión arbitral, y los jueces hacer lo propio cuando proceda con aquellas decretadas en un auto cautelar.

De otra parte, y en torno al porqué los árbitros pueden alzar por regla general las medidas cautelares que adoptan, no resulta adecuado para abrogar dicha competencia, a nuestro juicio, alegar la intervención judicial negativa, toda vez que aquella se les ha dado a estos implícitamente cuando se les autorizó para adoptar las medidas cautelares con ocasión de un arbitraje.

2. Motivos para alzar las medidas cautelares

En líneas generales, las medidas cautelares deberán ser alzadas siempre que pierdan su eficacia, lo que supone analizar

en términos específicos de cara a un proceso arbitral los casos concretos en los que aquellas se tornan innecesarias.

Así las cosas, las diversas situaciones que desencadenan al alzamiento de las cautelas, vienen de la mano de la desaparición o alteración de los fundamentos que dieron lugar a la adopción de las mismas, por las razones expuestas *infra*, o bien por la propia voluntad de las partes, derivada de las diversas manifestaciones que pueden provocar una alteración en las reglas de actuación procesal, y que pueden proyectarse igualmente en el tema que nos ocupa.

2.1. Terminación del proceso

Es quizás la causa más obvia por la cual deben alzarse las medidas cautelares, donde con mayor claridad se ve materializado el carácter instrumental de las mismas⁷².

Cuando el proceso finaliza, sin importar la causa, desaparece el objetivo para el cual fue requerida, en el caso concreto, la tutela cautelar, esto es, garantizar la materialización de la pretensión. Así lo recoge la LEC 1 / 2000 en su artículo 731.1: “No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa...”.

Trasladar lo anterior al arbitraje significa que, siempre que el proceso concluya, carecerán de eficacia las medidas cautelares que en este se hubieran adoptado, y por tanto, tendrán que ser alzadas sin que importen los motivos que originaron tal situación⁷³.

72 GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.); TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M.; CASERO LINARES, L.: *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina, jurisprudencia y formularios*, ob. cit., p. 84.

73 Siguiendo a BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 38”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1266-1267, aun cuando se hable de terminación del proceso no debe perderse de vista que, *a posteriori*, pueden presentarse varias actuaciones relacionadas con el laudo: notificación, protocolización, corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.

Así, si el proceso finaliza de manera normal, esto es, con la emisión de un laudo, contradictorio o no, la medida cautelar debe también desaparecer, debido a que, al ser su razón de ser la garantía de la concreción eventual futura de la pretensión, pierde todo sentido su permanencia, dado que la finalización del proceso supone la existencia de una decisión en la que se ha resuelto acerca de aquella.

Además, el sentido del laudo y si su creación se debió o no a la conveniencia entre las partes, no condiciona el alzamiento. Sin embargo, aquí cabe hacer una precisión respecto de aquellas cautelas que se concedan en un proceso que dé la razón al demandante en una decisión que requiera ser ejecutada.

En el arbitraje español, la Ley 60/2003 establece en su artículo 44 que la ejecución forzosa de los laudos arbitrales se hará conforme a las normas de la LEC 1/2000, y en el artículo 45.1 de la misma Ley arbitral se señala que: “El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación”. De todas formas, se dispone en la misma norma la posibilidad de suspender aquella.

La Ley procesal general contempla que cuando se dicten medidas cautelares se alzarán aquellas “...que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución” (art. 731.2). Sin embargo, se encuentran autores en la doctrina que con lógica consideran que este caso, y a pesar del término empleado en la ley, no ocurre un verdadero alzamiento sino una transformación o conversión⁷⁴, ya que la medida se mantiene, solo que lo que ahora se propone proteger es la ejecución de la decisión que ya existe.

En suma, si el proceso arbitral termina con un laudo arbitral, las medidas cautelares deberán ser alzadas, o en todo caso, transformadas en aquellas con carácter ejecutivo.

74 ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, ob. cit., p. 324.

Sin embargo, al no ser la resolución del conflicto el único evento de finalización del proceso, en este caso arbitral, es necesario analizar en qué otros eventos esto sucede, debido a que allí también tendremos que afirmar que deberán ser alzadas las medidas cautelares adoptadas.

Así pues, estando asentado el arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes, siempre que la voluntad de aquel que ha iniciado el proceso decaiga, manifestando expresamente su deseo de “...abandonar el proceso pendiente iniciado por él”⁷⁵, el proceso concluye, y en consecuencia, las medidas cautelares que en este se decretaron pierden su razón de ser y por tanto deberán ser levantadas. Esto ha sido recogido en el artículo 38.2.a) Ley 60/2003 que dice: “Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando a) el demandante desista de la demanda...”

Una norma casi idéntica a la anterior es el artículo 105.2.a) Ley 1563/2012, que sigue a la que a su turno ha copiado el legislador español en la norma antes transcrita (art. 32.2.a) Ley Modelo). En todo caso, y en esto coinciden las normas antes referidas, tal desistimiento no prosperará si el demandado se opone a ello, y los árbitros le reconocen un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio.

De otra parte, si la intención de concluir el proceso se da de consuno entre las partes, aquel finaliza y en consecuencia las medidas cautelares deberán ser alzadas. En este sentido, el artículo 38.2.b) Ley 60/2003 y los artículos 35.2 y 105.2.b) Ley 1563/2012.

También, puede ocurrir lo que bajo la legislación y doctrina española se denomina sobreseimiento, que es aquella terminación del proceso como consecuencia de la ocurrencia de diversas situaciones que impiden su continuación. Entre los supuestos que pueden dar lugar a una de estas resolucio-

75 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 38”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1549.

nes está aquel que se recoge tanto en la Ley 60/2003 artículo 21.2, como el artículo 35.1 Ley 1563/2012, relacionado con la ausencia de la consignación de los gastos y honorarios.

Otro evento de finalización del proceso y, por ende, del alzamiento de las medidas cautelares, es la ocurrencia y demostración de la mal integración de la litispendencia, tal como lo dispone la Ley 1563/2012, artículo 35.3 para el arbitraje nacional.

Además, también puede enunciarse como uno de estos supuestos de terminación del proceso, que los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible. Así lo plantea la Ley Modelo artículo 32.2.c), y así ha sido replicado en la legislación española artículo 38.2.c) Ley 60/2003, y en la ley colombiana de arbitraje, en lo que a arbitraje internacional se refiere, artículo 105.2.c).

Como conclusión, siempre que un proceso arbitral en el que se hubieran adoptado medidas cautelares se concluya por uno de los anteriores sucesos, será también procedente el alzamiento de aquellas.

2.2. Cuando al ser medidas ante causam, no se inicie el procedimiento

La instrumentalidad de toda medida cautelar supone una relación unidireccional de estas hacia el proceso declarativo, judicial o no, que se traduce en la dependencia de las mismas a la existencia de aquel. Por tanto, la adopción de medidas cautelares antes de la iniciación del proceso arbitral, es una apuesta por la tutela cautelar que no significa ruptura con la instrumentalidad, como quiera que esa relación unidireccional de la que hablábamos *supra* existe desde el mismo instante en el que las medidas cautelares *ante causam* se adoptan, solo que su perfeccionamiento queda en suspenso hasta el inicio del proceso principal, el cual no debe tardar más allá de lo racional.

Lo anterior ha sido recogido por el legislador español, que en el artículo 730.3 LEC 1/2000 condiciona precisamente la permanencia de tales medidas cautelares a la puesta en marcha del proceso en el que se propone ventilar la pretensión cuya eventual materialización garantiza la medida cautelar *ante causam*. Como consecuencia de lo anterior, el legislador entiende que cuando aquel proceso no se inicie con posterioridad a la adopción de las medidas cautelares que se decretaron previamente, estas pierden su eficacia y en consecuencia deberán ser alzadas.

El legislador puede optar por determinar o no el tiempo que debe transcurrir entre la adopción de las medidas cautelares *ante causam* y el inicio del proceso, so pena que la cautela decaiga de llegar a ser iniciado con posterioridad al plazo establecido, teniendo en consecuencia el interesado con la misma, si es que aquel interés permanece, volver a intentar nuevamente la adopción de aquellas, o quizás, directamente, el del proceso principal.

Así pues, si bien el mismo artículo 730 LEC 1/2000, en su numeral segundo, ha fijado el término de veinte días a partir de la adopción de la medida cautelar *ante causam*, el artículo 11.3 Ley 60/2003 que permite el decreto de aquellas en el arbitraje, no señala algún plazo que condicione la permanencia de las medidas cautelares concedidas antes del inicio del arbitraje; en esta última línea la Ley 1563/2012 en su vertiente internacional, artículo 71, que siguiendo a su vez el artículo 9 Ley Modelo, permite la adopción de medidas cautelares *ante causam*, pero no fija ningún término para su mantenimiento.

En este caso concreto, aquel vacío legal en la normativa española no puede intentarse solucionarse recurriendo a la aplicación de lo dispuesto en la norma procesal general en torno a las medidas cautelares *ante causam* adoptadas con ocasión de un proceso judicial, debido a que la propia norma que lo establece, artículo 730.2 LEC 1/2000, determina en su numeral tercero que tal plazo no rige en el caso del

arbitraje, en donde lo único necesario para que la medida cautelar se mantenga es "...que la parte beneficiada por esta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral"⁷⁶.

Al ser aquel el panorama legal, quien bajo el régimen de la Ley 60/2003 intente el levantamiento de una medida cautelar adoptada antes de iniciarse el proceso arbitral, está a expensas de la determinación que haga el juez competente en torno a la inactividad del demandante cautelar en el tiempo que ha transcurrido entre que se decretó la medida cautelar, y la presentación de dicha petición.

A nuestro juicio, sería conveniente que el legislador determinara, tal como ha hecho para el proceso judicial, un periodo de tiempo en el cual el favorecido con la cautela tuviese que iniciar el proceso arbitral, teniendo en cuenta que si bien las cargas que la misma implican para el demandado cautelar están fundadas en aras de la tutela judicial efectiva, el equilibrio procesal debe estar garantizado, y en el escenario que genera una medida cautelar *ante causam*, aquello solo sucede si el perfeccionamiento de la relación entre aquella y el proceso principal se efectúa en un periodo de tiempo establecido en la ley y, por tanto, es de conocimiento general.

2.3. Cuando se anula el laudo cautelar o prospera la oposición o el recurso contra el auto respectivo

Por la configuración propia del arbitraje, la regla general es que las decisiones que adopten los árbitros, en este caso sobre las medidas cautelares, no tienen una segunda instancia.

76 En todo caso, se encuentra en la doctrina quien sostiene que todas aquellas actuaciones deben realizarse en el plazo de veinte días, es el caso de CUCARELLA GALIANA, L. A.: "Artículo 23. La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares", en *Anuario de Justicia Alternativa: dedicado a Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, ob. cit., pp. 85-106.

Sin embargo, sí es posible que el legislador opte por que estas sean conocidas por la jurisdicción en sede de la acción de anulación, tal como acontece en el ordenamiento jurídico español.

De otra parte, las decisiones cautelares dictadas por los jueces con ocasión de un arbitraje, sí pueden gozar –siempre que el legislador lo decida– de la dinámica que la propia verticalidad del proceso judicial supone. Así por ejemplo, tanto en el sistema español, como en el colombiano, los autos cautelares podrán ser impugnados.

También, el legislador puede contemplar que el mismo juez que adoptó la medida cautelar “revise” su decisión, así se plantea en la LEC 1/2000 bajo los términos de oposición.

Así las cosas, aunque por vías distintas, dependiendo de quien haya sido la autoridad que haya expedido la decisión cautelar, esta puede dejar de existir por el conocimiento posterior que una autoridad superior, diferente o incluso la misma que la emitió, ejerza sobre aquella. Si es un laudo cautelar hablaríamos de autoridad diferente. Si es un auto, tendría el carácter de autoridad superior cuando se tratara de un recurso; de la misma autoridad, cuando habláramos de oposición.

En consecuencia, al dejar de existir la decisión que adoptaba la medida cautelar, es decir, su soporte jurídico, la cautela debe dejar de existir y por tanto, materialmente se debe proceder a su alzamiento.

2.4. Renuncia a la medida cautelar

La inexistencia de alguna norma que contemple que el beneficiado con la cautela puede renunciar a la misma no puede ser, a nuestro juicio, óbice para considerar que aquella actuación tendría efectos en el proceso. Consideramos que en virtud de la autonomía de la voluntad que orienta la puesta en marcha de la tutela cautelar, nada impide que en efecto aquel pueda renunciar a la cautela que previamente se le

concedió, y no es necesaria una fundamentación especial más allá de su propia voluntad. En todo caso, deberá ser indispensable para que la renuncia pueda proceder, que la misma sea expresa y emitida de forma libre, sin ningún tipo de coacción, violencia o intimidación.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista, siempre que se presente una situación como la que venimos comentando, el competente deberá proceder al alzamiento de la cautela, debido a que el interés inicial que llevó al ahora renunciante a solicitar la adopción de una medida cautelar ha decaído y, en consecuencia, no habrá porque seguir manteniéndose.

De cualquier forma, somos conscientes que la ausencia de norma expresa que disponga la renuncia a la medida cautelar como motivo para alzar la misma, puede ocasionar que en la práctica tanto jueces como árbitros sean renuentes a proceder a su alzamiento. Por tanto, sería conveniente de *lege ferenda* la incorporación en la Ley de una disposición en el sentido antes señalado.

2.5. *Suspensión del procedimiento arbitral*

Si bien la existencia –al menos cercana– del proceso principal es requisito *sine qua non* y garantía para la adopción de medidas cautelares, puede suceder que incluso permaneciendo aquel se encuentre justificado el alzamiento de las cautelas. Precisamente la situación que ocasionaría el anterior escenario es la suspensión o paralización del proceso, pues, aun cuando los presupuestos de las mismas puede que se mantengan, la inactividad procesal hace que no sea de recibo que la parte perjudicada con las medidas las siga soportando.

Diversos son los motivos que pueden originar la suspensión del proceso arbitral, y en consecuencia, el alzamiento de las medidas cautelares; de ello dan cuenta la ley española de arbitraje Ley 60/2003, y su homónima colombiana, Ley 1563/2012. En el artículo 21.2 Ley 60/2003 se dispone la facultad que tienen los árbitros de suspender el proceso,

siempre que las partes no hagan la provisión de fondos para "...atender..." el pago de sus honorarios y gastos de administración⁷⁷. Por su parte, la Ley 1563/2012 dispone en su artículo 11, que el proceso podrá suspenderse: a) Por acuerdo de las partes, b) Cuando un árbitro se declare impedido o sea recusado, c) Por inhabilidad, renuncia o muerte de los árbitros; desafortunadamente, se limita la aplicación de tal suspensión al arbitraje nacional.

En todo caso, los anteriores no son los únicos eventos en los que el proceso arbitral se vería suspendido, podría suceder que las partes convinieran tal paralización del arbitraje⁷⁸, por ejemplo, al darse a conocer una cuestión prejudicial, bien sea de tipo penal, civil, administrativa o laboral⁷⁹. Curiosamente, esta opción ha sido prohibida expresamente en la Ley 1563/2012, artículo 11; a nuestro juicio, debería ser considerada válida, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de las partes, estandarte de este mecanismo de resolución de conflictos.

Al hilo de lo anterior, la suspensión del procedimiento arbitral por los motivos antes dichos, sin importar quien haya sido la autoridad que hubiera adoptado las medidas cautelares, árbitros o jueces, debe conllevar al alzamiento de las mismas. Sin embargo, la falta de armonía entre la ley arbitral y la norma procesal general, puede ocasionar diferencia de trato entre aquel que acude a la jurisdicción a solicitar la adopción de medidas cautelares, y el que lo hace ante los árbitros, ya que mientras es posible que en una sí se plantee la suspensión del proceso, en la otra no.

77 Para un estudio pormenorizado de este apartado legal, ver por todos, OLAVARRIA IGLESIA, J.: "Comentario al artículo 21", ob. cit., pp. 990-998.

78 Así lo propone BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 38", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1545-1547. En esta misma línea, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 234.

79 Sobre este motivo de suspensión del procedimiento arbitral, ver por todos, REYNAL QUEROL, N.: "Las cuestiones prejudiciales en el arbitraje", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 19, n.º 2, 2007, pp. 182-187.

Lo anterior es precisamente lo que ocurre en el régimen español, donde si bien la LEC 1/2000 es estricta al regular la suspensión como motivo del levantamiento de las cautelas, estableciendo que aquella tendrá que ser por más de seis meses y por causa imputable a aquel que solicitó la medida cautelar (art. 731.1), la Ley 60/2003 solo plantea la suspensión que efectuaron los árbitros por la no provisión de fondos dentro del plazo fijado para ello. Es decir, lo anterior supone que los jueces, argumentando su sumisión única a la norma procesal general, podrían rechazar una petición de alzamiento con motivo en la suspensión del proceso arbitral, escudándose en que esta no ha superado el término indicado en la norma, o no es imputable a aquel que fue demandante cautelar.

Así las cosas, en el escenario en el que en virtud del artículo 21.2 Ley 60/2003 se hubiera suspendido el arbitraje, existiendo previamente previsión de las partes en el sentido que, de presentarse lo anterior, las medidas cautelares deberían ser alzadas, perfectamente a la luz de lo hasta ahora expresado, los jueces, cuando a ellos correspondiera, podrían rechazar el levantamiento de las mismas.

Para evitar este tipo de situaciones, donde claramente se daría un trato desigual entre aquellas partes que solicitaron medidas cautelares ante los jueces, y aquellas que lo hicieron ante los árbitros, proponemos de *lege ferenda* que los jueces acepten levantar las cautelas siempre que el proceso arbitral se hubiese suspendido, bien sea por el querer de las partes, por el acaecimiento de alguna situación ajena a la intención de los sujetos en conflicto (por ejemplo, la prejudicialidad), o también por la voluntad de los árbitros.

3. ¿Solicitud de parte o actuación de oficio?

Como régimen de resolución de controversias de carácter privado, el arbitraje exige que las partes en él involucradas desempeñen su papel de forma responsable en todo lo

relacionado con el proceso arbitral. Lo anterior significa que todas aquellas actuaciones que las partes lleven a cabo con ocasión del proceso, deben ser el resultado de una decisión razonada y meditada. No debe identificarse exclusivamente la participación responsable con la participación activa, pues se es parte responsable incluso si se opta por actuar de forma pasiva. Lo importante será que tal pasividad sea producto de una toma de decisión consciente, que resulte luego de tener en cuenta las ventajas e inconvenientes de la misma. Deberá ser la parte que ha soportado la medida cautelar, quien tendrá que solicitar a quien en su momento la adoptó, juez o árbitro, el levantamiento de la misma.

Sin embargo, lo anterior debe ser matizado a partir de la modificación que la Ley 11/2011 realiza sobre el artículo 8.4 ley concursal, donde se dispone que el juez del concurso tiene competencia para solicitarle al Tribunal arbitral que a su turno hubiere adoptado cautelas, el levantamiento de las mismas “...cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso”. No se trata de una usurpación de funciones, sino precisamente, de una solicitud de alzamiento que el juez eleva al árbitro.

Este escenario no puede verse como una apuesta por la preeminencia del proceso judicial sobre el arbitral. Más aun, y como lo dice DE ALFONSO “...el juez no puede dejar de oír al árbitro y considerar los efectos de su decisión en el proceso arbitral”⁸⁰. Se trata entonces de una respuesta consecuente del legislador a la situación que se genera cuando se está en concurso. Por lo tanto, que los árbitros levanten las medidas cautelares adoptadas en un arbitraje, a solicitud del juez del concurso, se justifica si los intereses que van a ampararse con aquella actuación son objeto de mayor protección que los que se pretendían defender con la cautela ahora levantada.

80 DE ALFONSO, J. M.: “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, ob. cit., p. 29.

De otra parte, aun cuando el alzamiento de una medida cautelar no constituye una obligación *per se* de los árbitros, no existe óbice para que el Tribunal arbitral, siempre que él fuera el competente para el alzamiento, pueda decidir oficiosamente el mismo⁸¹. En aras de la agilización procesal y de la simplificación de los procesos -enmarcados, claro está, en los principios procesales-, apostamos de *lege ferenda* para que los árbitros tengan reconocido expresamente en la Ley la facultad de levantar oficiosamente las medidas cautelares que a su vez hubiesen adoptado, teniendo en cuenta que son ellos, precisamente, quienes primero se enteran del acontecimiento que motiva el mismo, bien la emisión del laudo, la renuncia del favorecido o la suspensión del procedimiento.

Una propuesta en este sentido es la de la enmienda a la Ley Modelo del año 2006, que en el artículo 17D propone que la regla general es que la "...revocación..." de la medida cautelar sea a instancia de parte, y solo en circunstancias excepcionales, de oficio. Esto es adoptado por el legislador colombiano, para el arbitraje internacional, artículo 84 Ley 1563/2012.

A diferencia de lo que ocurre cuando corresponda al árbitro levantarlas y debido a la naturaleza misma del arbitraje y al papel que adopta la jurisdicción en este, los jueces solamente podrán enterarse de aquel evento que motiva el alzamiento porque así se lo haga saber la parte interesada en el levantamiento de la medida. Por tanto, y a pesar de que en la normativa general de las medidas cautelares de la LEC 1/2000 se establezca en distintas disposiciones el alzamiento de oficio (arts. 730, 731, 744, 745), referidas, claro está, a la tutela cautelar judicial respecto de un proceso judicial en el

81 En sentido contrario, CUCARELLA GALIANA, L. A.: "Artículo 23. La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares", en *Anuario de Justicia Alternativa: dedicado a Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, ob. cit., p. 105, quien apuesta porque solo se alcen las medidas cautelares, previa petición de parte.

que el órgano es el mismo, se entiende que cuando aquella se efectúe en este mecanismo de resolución de conflictos se requerirá necesariamente la petición de parte.

Sin embargo, en algunos eventos los jueces si procederán oficiosamente al levantamiento de las medidas cautelares que adoptaron con ocasión de un arbitraje. Así, cuando la causa del alzamiento sea la anulación del laudo, no corresponderá al árbitro alzar la medida, aun cuando él mismo la haya adoptado, pues ya lo habrá hecho a su turno el juez con su decisión de anulación que ha dejado sin efectos la misma, siendo en este caso oficiosa la decisión del levantamiento.

También, cuando se resuelve a favor del peticionario la oposición o apelación del auto que adoptó una medida cautelar, no será necesaria la petición de levantamiento, porque una manifestación al respecto va inmersa en la labor desarrollada por el juez⁸².

4. Procedimiento

En el análisis del procedimiento a seguir para alzar las medidas cautelares, deben establecerse las posibles diferencias, en su caso, entre el arbitraje y el proceso judicial, a los efectos de delimitar la similitud o no entre las dos posibles vías.

82 En el Decreto 1818/1998, artículo 152 parágrafo, se concedía a los terceros afectados con la medida cautelar la facultad de solicitarle al Tribunal arbitral el levantamiento de la cautela, para lo cual era necesario la presentación de pruebas que fundamentaran la vulneración que aquellos decían sufrir con las medidas, y el traslado de la petición junto con estas, por tres días, a las partes inmersas en el proceso. Aun cuando, a nuestro juicio, esta disposición era destacable por ser una herramienta legal con la que contaban, efectivamente, los terceros para defenderse de las cautelas adoptadas en procesos iniciados por otras personas, debía también destacarse la necesidad de que el juez fuera muy riguroso al momento de aplicar dicha norma, toda vez que debía velar por garantizar el principio de audiencia y contradicción a las partes inmersas en el proceso arbitral con ocasión al cual se adoptaron las cautelas cuyo levantamiento se solicita.

4.1. A cargo de la jurisdicción

Ante la ausencia de una norma expresa general en la legislación española y en la legislación colombiana, que indique a los jueces cómo proceder al alzamiento de una medida cautelar adoptada con ocasión de un arbitraje, cabe esperar que estos obren con cautela y se cercioren de la verdadera ocurrencia del motivo que se alega para levantar la medida. Así, si el alzamiento se basa en el laudo que pone fin al proceso o aquel que suspende el procedimiento, lo más prudente será exigir tal documento.

Se encuentra en la doctrina quien considera que los árbitros también deben realizar, so pretexto del derecho de contradicción, una audiencia a la parte contraria para que manifieste su posición al respecto⁸³. Sin embargo, la voluntariedad de la protocolización del laudo que hace factible la presentación de uno ficticio, nos lleva a considerar que tal propuesta resulta exagerada si se tienen en cuenta las consecuencias de proceder de tal manera fraudulenta (falsedad en documento público), y además, lo excesivo que resulta para el sujeto seguir soportando la medida, sin motivo alguno, mientras se surte la audiencia.

4.2. A cargo de los árbitros

La situación que se presenta cuando los árbitros deban levantar las medidas cautelares, es similar a la que ocurre cuando tal competencia recae sobre la jurisdicción: la ley ha guardado silencio al respecto. En consecuencia, corresponderá al intérprete plantear cómo se desarrollará tal procedimiento.

Lo esperable será que los árbitros efectúen el alzamiento teniendo como fondo los principios de igualdad, audiencia y contradicción, de acuerdo con el artículo 24 Ley 60/2003

83 MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 319-320.

en el régimen español, y el artículo 91 Ley 1563/2013 en Colombia. Sin embargo, esto no puede suponer, a nuestro juicio, que sea necesario y exigible que el alzamiento se decida previa audiencia de parte, pues se supone que la actuación que desencadenó el levantamiento de la medida cautelar, se ha hecho garantizando tanto la audiencia como la contradicción.

CAPÍTULO CUARTO

ANULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ARBITRAL CAUTELAR

Una de las diferencias características entre el sistema judicial y el arbitraje es la existencia en el primero y la ausencia en el último de una segunda instancia, cuyo objeto es el examen y la evaluación de la controversia jurídica planteada, y ya de antemano resulta por el *ad quo*.

Precisamente, el aparato jurisdiccional del Estado se enfrenta a la ausencia de una estructura arbitral estática, que revela el porqué, quien actúa como árbitro lo hace puntualmente en el caso para el cual fue nombrado, perdiendo tal investidura al momento de resolver la controversia. De lo cual resulta, al mismo tiempo la imposibilidad práctica de intentar dentro del sistema arbitral el control posterior del laudo.

Y es que el arbitraje se ha estructurado desde sus orígenes como una forma de resolución de conflictos de única instancia, a diferencia del sistema judicial de configuración jerárquica, que en términos generales encuentra explicación en que este responde al interés general de contar con un mecanismo procesal verdaderamente ágil en el tiempo¹.

Sin embargo, la organización del sistema arbitral, antes esbozada, debe acompañarse con la idea de que el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias que tiene

1 Sobre la historia jurídica española de la impugnación del laudo, ver: MERCHÁN ALVAREZ, A.: *El arbitraje estudio histórico jurídico*, ob. cit., pp. 259-277.

como fin la tutela judicial efectiva, la cual exige que las partes que a él acudan tengan la posibilidad de someter el laudo arbitral al control de una autoridad diferente a la que lo dictó, que vele por el rigor formal del mismo.

Así las cosas, el legislador se ve en la obligación de contemplar un instrumento que permita efectivamente el control formal del laudo que pone fin a la controversia principal, el cual por regla general debe buscarse por fuera de las fronteras del arbitraje, que, por su propia configuración no está en posición de ofrecer una solución efectiva a la necesidad anteriormente expuesta².

En la legislación arbitral española, Ley 60/2003, se amplía el objeto hasta ahora común de la acción de anulación, el laudo arbitral que pone fin a la controversia principal, y se dispone que también podrá intentarse la anulación del laudo cautelar (art. 23). En consecuencia, una investigación de las medidas cautelares en el arbitraje en un régimen que, como el español, permite la anulación de las decisiones en las que se resuelven aquellas, necesariamente debe analizar paso a paso todos los aspectos que envuelve la acción de anulación contra, en este caso, los laudos cautelares.

I. NOCIÓN

La anulación es una verdadera acción –de única instancia³–, que aunque comparte con los recursos el mismo presupuesto:

-
- 2 La excepción la plantea el sistema arbitral de inversiones administrado por el CIADI, que contempla en su Convenio, artículo 52.3, que la anulación interpuesta contra un laudo será resuelta por una comisión *ad hoc* conformada por tres personas que integren la lista de árbitros de la misma organización; en otras palabras, no se acude a la jurisdicción para decidir tal acción, serán personas investidas como árbitros quienes la resolverán. Acerca de tan particular anulación, MARBOE, I.: “Annulment of ICSID awards”, en *Investment and commercial arbitration – similarities and divergences* (eds. KNAHR, C.; KOLLER, C.; RECHBERGER, W.; REINISCH A.), vol. 3, The Netherlands, International commerce and arbitration, International Publishing, 2010, pp. 97-129.
 - 3 Ver, SAP de Madrid (secc. 9) n.º 498/2010, de 20 de octubre, B. D.: Westlaw

la existencia previa de un proceso, tiene un objetivo que la hace distinta⁴ y, en ese sentido, de diferente naturaleza jurídica.

Mientras el recurso ordinario pretende la revisión de fondo y la modificación de la decisión por un juez superior⁵, con la acción de anulación no se obtiene un fallo con un contenido distinto, sino un control restringido a los errores y problemas de carácter procesal que rodean la decisión, sin que se pueda entrar en las cuestiones de fondo que se resuelven en la misma. Así lo expone, claramente, la Audiencia Provincial de Asturias:

En relación a la anulación del laudo debe decirse, con carácter general que la doctrina jurisprudencial es constante al establecer el carácter limitado y por tanto de interpretación estricta de esa vía impugnatoria, que en caso alguno puede ser equiparado a una segunda instancia o a un recurso de apelación... Ello lleva a que en principio el examen que en vía judicial se realice del laudo se deba limitar en principio a un análisis del cumplimiento de los requisitos formales de la decisión arbitral, como se advierte de forma notoria en los motivos de impugnación del art. 41.1 LA; y sin que por tanto sea admisible que por esta vía se pretenda discutir o combatir los argumentos que hayan podido llevar a los árbitros a resolver la cuestión a

(AC 2010/1807); SAP de Castellón (secc. 3) n.º 12/2010, de 28 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2010/158570); SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 833/2007, de 27 de diciembre, B. D.: Westlaw (AC 2008/779); SAP de Valencia (secc. 7) n.º 435/2008, de 14 de julio, B. D.: Westlaw (AC 2008/2376); SAP de Madrid (secc. 12) n.º 137/2007, de 1 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2007/173969); SAP de Barcelona (secc. 15) n.º 238/2009, de 8 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/417963).

- 4 Ver S. A.: "La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje", en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, n.º 1, 2005, p. 3. También, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: "Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año xxv, n.º 6108, de 18 de octubre de 2004, B. D.: [www.diariolaley.es].
- 5 BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 19.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 409-411.

ellos sometida y por tanto voluntariamente excluida por las partes de la Jurisdicción Ordinaria⁶.

Es precisamente en la acción de anulación, que el legislador ha encontrado refugio a su necesidad de otorgarle al proceso arbitral un mecanismo que permita el control formal del laudo arbitral, que supone, en palabras de ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, "...la plasmación concreta en la regulación del arbitraje del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva"⁷.

En este orden, el análisis que se efectúa en la acción de anulación sobre el laudo arbitral, como bien lo ha expresado la Sala Civil, Sección 1 del Tribunal Supremo⁸, descansa sobre:

...la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad –entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003– de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje.

Y es que el arbitraje, aunque es una institución autónoma e independiente, al igual que la Administración de Justicia, soporta unos límites que en caso de ser defraudados van a ser restablecidos por medio de esta institución que es precisamente la acción de anulación, porque como bien lo dice BARONA VILAR "...no cabe el poder omnímodo de los árbitros o la fuerza irrefutable de una decisión arbitral"⁹.

6 SAP de Asturias (secc. 7) n.º 690/2008, de 29 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/334062).

7 ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: "Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ob. cit., B. D.: [www.laley.es].

8 ATS Sala de lo Civil (secc. 1), Recurso de Casación n.º 567/2011, de 7 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2012/62052).

9 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 351. Por su parte, GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: "La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 225-

Es nota común que, en las legislaciones arbitrales de los ordenamientos jurídicos de la mayoría de países, se consagre la acción de anulación contra el laudo que resuelve la controversia objeto de arbitraje, debido entre otras cosas, a que así se establece en la ley que ha servido de guía a muchos de ellos, la Ley Modelo CNUDMI, a partir de su capítulo VII titulado “*Impugnación del laudo*”, que aun cuando emplee los términos de petición de nulidad, lo que está proponiendo es una acción de anulación.

Precisamente, la legislación española es un buen ejemplo de lo anterior¹⁰, aun cuando, a nuestro juicio, toma cierta distancia de la Ley Modelo CNUDMI para regular más detenidamente, bajo el título de la acción de anulación, lo concerniente al control formal del laudo. En efecto, uno de los aspectos dispuestos de manera distinta en la Ley 60/2003, es la posibilidad que contempla de atacar la decisión cautelar por medio de la acción de anulación prevista contra el laudo que resuelve la controversia principal.

Al mismo tiempo, hay países que plantean la anulación como un recurso, tal como sucede, sin exclusividad, en el régimen arbitral colombiano¹¹, y en algún sector de la doctrina y jurisprudencia española¹², lo que resulta incorrecto pues

226 señala que el control se hace necesario en la medida en la que los laudos tienen fuerza ejecutiva. Ver también, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., pp. 949-952; YAÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 814.

10 Ver, SAP de Valencia (secc. 9) n.º 72/2010, de 2 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2010/222318; AAP de Madrid (secc. 9) n.º 253/2011, de 7 de diciembre. B. D.: Westlaw (JUR 2012/21868).

11 Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, la mayoría de países centroamericanos se refieren al “recurso de anulación”. Así, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, regula en el Capítulo V el “recurso de anulación”; también el Decreto 161/2000 de Guatemala, establece en el Capítulo VI el mismo; la Ley 540/2005 de Nicaragua, hace lo propio en el artículo 61; y el Decreto Ley 5/1999, artículo 34. También, la normativa paraguaya, artículo 40 Ley 1879/2002; y la uruguaya, artículo 377 Código General del Proceso.

12 En la doctrina colombiana, BENETTI SALGAR, J. J.: *El arbitraje en el Derecho Colombiano*, ob. cit., pp. 362-380. En el ámbito español, ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M.:

hablar de recurso supone entender que el mismo solo existe cuando previamente se ha surtido, o se surte, un proceso judicial¹³.

Y es que debe reiterarse que la acción de anulación como tal no significa una segunda instancia, porque –parafraseando a BARONA VILAR¹⁴– dado que el arbitraje responde al deseo de las partes de renunciar a la jurisdicción, sería un sinsentido y reflejaría una desconfianza en aquel, atribuirle una instancia judicial que controlara las decisiones emitidas por los árbitros¹⁵.

Así las cosas, quien acude a la jurisdicción –bajo su condición de parte en el arbitraje– para interponer una acción de anulación, lo hace con una única pretensión: lograr la rescisión del laudo¹⁶, que no supone la emisión de una nueva

“La controvertida firmeza del laudo”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), ob. cit., pp. 205-216; MAGRO SERVET, V.: “Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral en la Ley 60/2003”, en *Diario La Ley*, año XXVII, n.º 6576, 24 de octubre de 2006, B. D.: [www.laley.es]. Incluso todavía se encuentra alguna jurisprudencia que se refiere a la anulación como recurso, ver SAP de Pontevedra (secc. 1) n.º 418/2006, 13 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2006/239942); SAP de Madrid (secc. 14) n.º 834/2005, de 30 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2006/57400); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 412/2007, de 26 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2007/201317); SAP de Málaga (secc. 4) n.º 315/2010, de 14 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2010/363518); STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal (secc. 1), recurso de casación n.º 10/2011, de 14 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2012/33671).

13 En este sentido YAÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, ob. cit., p. 811.

14 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 387.

15 En todo caso, hay quienes como ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La doctrina sobre la anulación del laudo por infracción de normas”, en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, n.º 39, 2009, pp. 609-618, sostienen que no puede afirmarse categóricamente que no proceda la revisión por los jueces del fondo del asunto con ocasión de la anulación, cuando quiera que si el motivo alegado es el orden público y el mismo se funde en la infracción de normas, acarreará y con justicia, la revisión del fondo de la decisión impugnada. Aún cuando sobre este aspecto nos referimos en este capítulo cuando analizamos independiente la causal del orden público, desde ahora debemos manifestar nuestra inconformidad con dicha propuesta que choca frontalmente contra el arbitraje y solo demuestra el desconocimiento de lo que este significa.

16 MARTÍN BRAÑAS, C.: “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial

decisión judicial sobre el fondo de la controversia¹⁷, sino la declaratoria judicial de anulación de aquel, y la consecuente ineficacia del mismo.

Son clarificadoras las palabras de la sentencia del 14 de diciembre del 2011 dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹⁸ cuando al referirse a la anulación dice que por medio de ella:

...únicamente se puede proceder al control de las garantías formales que han rodeado la emisión del laudo, pero no alcanza, ni tiene como finalidad, corregir las deficiencias que pudieran existir en la decisión de los árbitros; de ahí que no puede alcanzar a controlar y revisar, por regla general, la decisión de fondo arbitral, exclusivamente podrá valorar y referirse a los presupuestos materiales y las condiciones de forma que han dado origen al laudo arbitral, garantizando los principios esenciales que permiten obtener la tutela judicial efectiva¹⁹.

Finalmente, debe resaltarse que hablar de anulación implica ubicarse en el escenario natural del proceso judicial y, por ello, aun cuando tal acción surja motivada por una decisión de carácter arbitral, el ámbito donde se desenvolverá será exclusivamente jurisdiccional, conservando de tal forma su independencia e identidad, sin llegar a mezclarse con el arbitraje.

referencia a su tramitación procedimental", en *Foro Nueva época*, n.º 3, 2006, pp. 124-125.

- 17 La SAP de Madrid (secc. 28), n.º 326/2011, de 11 de noviembre, B. D.: Westlaw (AC 2011/2289, es un claro exponente de lo anterior cuando dice: "...la acción de anulación del laudo arbitral no puede ser un instrumento para examinar la cuestión de fondo o controversia resuelta en el laudo").
- 18 STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal (secc. 1), recurso de casación n.º 10/2011, de 14 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2012/33671).
- 19 Sin embargo, es interesante destacar que existen legislaciones como la guatemalteca, que permite que los jueces, con ocasión del estudio de la anulación del laudo arbitral, se manifiesten sobre el fondo del asunto sometido a arbitraje (art. 43.1 Decreto 67/1995). Sobre esta particular disposición, ver, CASTELLANOS, A.; PANIAGUA DE ROHRMOSER, E.: "Guatemala", en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), ob. cit., pp. 494-495.

II. CONFIGURACIÓN LEGAL

Al superar lo propuesto por la Ley Modelo CNUDMI en torno al control formal del laudo arbitral, el legislador español estipuló en el artículo 23 Ley 60/2003, que a las decisiones cautelares les serían de aplicación las normas dispuestas en la Ley arbitral sobre anulación de los laudos que ponen fin al conflicto que enfrenta a las partes.

Lo anterior "...supone el reconocimiento de la identidad entre el laudo que se dicta al finalizar la controversia y el laudo cautelar"²⁰, lo que obliga a interpretar estas últimas decisiones en sintonía con los artículos 40 a 43 Ley 60/2003, que a su vez han sido definidas pensando en el contenido y en las circunstancias temporales de aquel.

Por el contrario, en el régimen arbitral colombiano no se contempla disposición similar a la anterior, tan solo se permite tal acción contra los laudos que resuelven la controversia final, lo que en consecuencia nos hace concluir que no es posible interponer demanda de anulación contra un laudo cautelar dictado bajo tal normativa.

III. SUJETOS EN EL PROCESO DE ANULACIÓN

Como cualquier otra acción que se encuadre en un mecanismo heterocompositivo de resolución de controversias como lo es el judicial, la anulación está 'protagonizada' por dos sujetos enfrentados entre sí que reciben la denominación de partes, y un tercero imparcial que en el proceso judicial es llamado juez.

La individualización de cada uno de ellos dependerá de las determinaciones que a su turno plantee la ley, las que, se supone, partirán del objeto sobre el que se centre la acción de anulación, es decir del laudo arbitral.

20 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 387.

1. Juez competente

En el artículo 8.5 de la Ley 60 / 2003 original, se contemplaba como juez competente para conocer de la acción de anulación del laudo arbitral, la Audiencia Provincial del lugar donde aquel se hubiera dictado. Sin embargo, desconociendo esta competencia exclusiva, algunos consideraron erróneamente que también serían competentes en la materia los Juzgados de lo Mercantil, en virtud de la competencia que les otorgaba la LOPJ en el artículo 86.ter.2.g²¹.

La anterior regla de competencia fue modificada por la Ley 11 / 2011, que faculta para resolver la acción de anulación de los laudos a la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma del lugar dónde se dicte el laudo (art. único, uno).

Durante el trámite del Proyecto de Ley que dio lugar a la ley ahora comentada, algunos autores propusieron que antes de trasladar la competencia en materia de anulación a los TSJ, se crearan secciones de arbitraje al interior de las AP, juez inicialmente competente para conocer de la acción de anulación²².

- 21 GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), ob. cit., pp. 260-261. Tal posición ha sido rectificada por el mismo autor en GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, Madrid, La Ley, 2008, p. 121, en donde manifiesta la competencia exclusiva de las Audiencias Provinciales (en adelante AP) en la materia.
- 22 HINOJOSA SEGOVIA, R.: “El control del laudo: acciones de anulación y de revisión”, en *Curso de derecho arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 224, (idea que el mismo autor ya planteaba entre otros, en “Tres cuestiones sobre la acción de anulación del laudo”, en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2007, pp. 497-505; y, “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 558). En el mismo sentido, MARCOS FRANCISCO, D.: “Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral”, en *Diario La Ley*, n.º 7546, Sección Doctrina, 13 de enero de 2011, año XXXII, La Ley 14827/2010, en B. D.: [www.diariolaley.es] quien considera que aquella hubiese sido una “...solución más coherente y loable...” que la adoptada por el entonces Proyecto de Ley, ahora Ley 11 / 2011; ya lo decía en MARCOS FRANCISCO,

A pesar de lo conveniente que, a nuestro juicio, resultaba la anterior proposición, por lo ventajoso de la especialización, el legislador optó por seguir una vía distinta; en este caso, subir un peldaño más en la escala de la jurisdicción, para otorgarle la competencia de la acción de anulación a los TSJ.

Si se revisa en la Exposición de Motivos de la Ley 11 / 2011, cuáles fueron las razones que llevaron al legislador a modificar la competencia ahora estudiada, solamente se encuentra una frase que señala que la "...la reasignación de funciones judiciales en relación con el arbitraje..." se realiza para dar mayor "...uniformidad al sistema mediante una elevación de determinadas funciones". La pobreza de tal fundamentación es manifiesta, y en ningún momento justifica, desde nuestro punto de vista, semejante modificación de las competencias de los jueces en torno a su intervención en el arbitraje, porque como bien lo expone BARONA VILAR "...las Audiencias entendieron bien el arbitraje y supieron determinar qué se pretendía de ellas en las acciones de nulidad, acotando los supuestos, delimitando las condiciones y creando un resultado jurisprudencial loable"²³.

La reforma legal que venimos comentando fue recogida en la LO 5 / 2011. Por medio de esta ley, al apartado primero del artículo 73 LOPJ que dispone la competencia de la Sala de lo Civil del TSJ, se agregó el literal c) en el que se señalan dentro de ella "...las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la Ley...". En el caso concreto que ahora nos interesa, la acción de anulación de los laudos arbitrales fue previamente recogida en la Ley 60 / 2003, artículo 8.5.

Por fortuna, y para salvar un poco, quizás, el traslado competencial obrado por la Ley 11 / 2011 y reforzado en la

D.: "Algunas reflexiones sobre las mayores garantías del arbitraje y la pérdida de garantías en la vía judicial a la luz de la nueva normativa proyectada", en *Revista General de Derecho Procesal*, 25, 2011, en B. D.: [www.dialnet.uniroja.es].

23 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 8", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (COORD. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 344.

LO 5/2011, en la Exposición de Motivos de esta última se expone con mayor precisión, sin que esto implique profundidad, que el traslado de competencia al TSJ se basa en que "... el ámbito territorial..." de este, tiene "... mayor visibilidad..." a efectos del arbitraje internacional. Además, se argumenta que de radicar la competencia en este órgano judicial, "...se permitirán una mayor unificación de criterios de lo que actualmente acontece con las Audiencias Provinciales..."²⁴.

El último argumento antes expuesto no se compadece con lo que ha ocurrido en la práctica. Si se analizan los distintos pronunciamientos de las AP en la materia, de los cuales damos cuenta en esta investigación, se puede concluir el razonamiento tan reforzado del legislador en la Exposición de Motivos.

En todo caso, y por el bien del arbitraje, esperamos que la labor de los TSJ como jueces competentes para conocer de la anulación, en lo que nos interesa, de los laudos cautelares, permita, como quiere el legislador, la 'verdadera' unificación interpretativa sobre este mecanismo alternativo de resolución de controversias.

2. Personas legitimadas para ser sujetos activos

En todas las normas que integran el Título VII Ley 60/2003 sobre la anulación del laudo, se habla de forma genérica de partes del proceso de anulación. Respecto a quiénes podrán ser parte activa del mismo, el legislador solamente exige de aquellos que vayan a integrar tal categoría, que aleguen y prueben cualquiera de los motivos dispuestos en el artículo 41.1 del mismo catálogo legal.

24 A favor de esta nueva regla de competencia, PÉREZ DEL BLANCO, G.: "La modificación de la competencia objetiva en la intervención judicial en el arbitraje", en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011* (dir. DAMIÁN MORENO, J.), AA. VV., ob. cit., pp. 301-302.

Así las cosas, los que tuvieron la condición de parte en el arbitraje, pueden plantear la acción de anulación en los casos que consideren que se configura una de las causales fijadas en la Ley 60/2003. Sin embargo, y parafraseando a BARONA VILAR²⁵, en virtud del criterio amplio y extensivo empleado por el legislador en el artículo 41 en comento, no solo las partes podrán intentar la anulación de los laudos, sino también todos aquellos terceros que aun sin haber participado en aquel, tienen interés en que se declare la ineficacia de la decisión arbitral²⁶.

Ahora bien, que el legislador haya posibilitado que cualquier persona que alegue y pruebe uno de los motivos que le afecten del artículo 41.1 Ley 60/2003, pueda procurar la anulación del laudo, es el resultado del reconocimiento de que la acción de anulación es un proceso independiente del arbitraje, en donde concurre el interés legítimo de aquellos como sujetos que son del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)²⁷.

Sin dudarlo, que un tercero pueda intentar la anulación de un laudo, tendrá una repercusión importante en el ámbito de la anulación de los laudos cautelares, porque tal como hemos expuesto en los capítulos precedentes, el campo de acción de los efectos de las medidas cautelares puede llegar a ser lo suficientemente amplio como para afectar los intereses no solo del demandado cautelar, sino también de terceros hasta ese momento ajenos al conflicto que suscita la medida, que podrán verse inclinados en obtener la anulación de aquel laudo, ya que al no ser considerados parte del propio proceso cautelar, tienen dificultades de defenderse de las

25 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1781.

26 *Ibíd.*, p. 1782.

27 MONTESINOS GARCÍA, A.: *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob. cit., p. 386.

cautelas, viéndose muchas veces obligados a soportarlas sin ninguna posibilidad inmediata de amparo.

Así las cosas, lo anterior resulta sumamente interesante y afortunado en sede de anulación de la decisión cautelar, toda vez que convierte a esta acción en la herramienta que les permite a todos los terceros afectados con las medidas, pedir la ineficacia de estas, remediándose de esta forma la desprotección de la que aquí hablamos, consecuencia de la desventaja natural de los terceros frente a las medidas cautelares.

Sin embargo, y tal como se expondrá en el epígrafe correspondiente a la inadmisión de la demanda de anulación, la posibilidad de que terceros puedan procurar la anulación de la decisión arbitral, tiene un condicionante especial que limita su ejercicio, pues sobre ellos recae, como sujetos activos de la misma, la obligación legal de adjuntar a la demanda, no solo los documentos que fundamenten su pretensión, sino también el convenio arbitral y la decisión objeto de la acción de anulación (art. 42.1 Ley 60/2003).

De otra parte, en virtud de lo dispuesto expresamente en el numeral segundo de la norma antes mencionada, el Ministerio Fiscal también está legitimado para solicitar la anulación por los motivos fijados en los literales b), e) y f) del numeral primero de la norma en comento²⁸.

Finalmente, y teniendo en cuenta la generalidad de los términos empleados por el artículo 41.1 Ley 60/2003 a los que hacíamos referencia, cabe preguntarse si el árbitro puede llegar a ser considerado como sujeto legitimado por activa para intentar la acción de anulación. La respuesta, a nuestro juicio, no puede ser distinta a la negación rotunda de tal posibilidad, si se tiene en cuenta que permitirlo sería

28 MARTÍN BRAÑAS, C.: “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, en *Foro Nueva época*, ob. cit., pp. 130-131.

“...un contrasentido del sistema...”²⁹, pues supondría que el propio autor del laudo pretendiera su anulación³⁰.

Ni siquiera vale proponer que el árbitro disidente del laudo elaborado por la mayoría, procure la anulación del mismo, ya que para ello el legislador ha establecido la formulación del voto en contra, artículo 37.3 Ley 60/2003.

3. Personas legitimadas para ser sujetos pasivos

La determinación de los sujetos que ocuparan la posición pasiva en el proceso en el que se lleve a cabo la anulación, está determinada por quien haya iniciado la misma.

Así, cuando el autor de la demanda de anulación tenga la condición de parte en el arbitraje, la posición pasiva en el proceso judicial la ocupará su contraparte en el proceso declarativo. Por el contrario, cuando la anulación del laudo arbitral la intente un tercero, la posición pasiva estará conformada por ambas partes del proceso arbitral, o solo por una de ellas, lo que dependerá de la causal que se alegue.

De otro lado, no podría admitirse que el árbitro sea parte pasiva del proceso de anulación, pues su papel ha sido el de un tercero imparcial que ha resuelto el conflicto sin interés alguno en la causa, que no es parte y, por tanto no puede ser sujeto pasivo de la acción de anulación³¹. Si podrá ser, por el contrario, sujeto pasivo de una demanda de responsabilidad por daños y perjuicios, que en todo caso será independiente de la acción de anulación (art. 21.1 Ley 60/2003).

29 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1782.

30 En otro sentido, MIRÓ GIL, M.: “La posible intervención del árbitro y/o la institución arbitral en el procedimiento de anulación del laudo”, en *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa* (coords. MONTAÑA, M., SELLARÉS, J.), Difusión Jurídica, 2011, pp. 252-253.

31 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1784.

IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

La cualidad privatista de los intereses en juego en un arbitraje, delinea el carácter volitivo de este y, a su turno, de la acción de anulación sobre la decisión que resulta de aquel.

Así las cosas, la premisa base al hablar del ejercicio del –único– control formal de la jurisdicción sobre el laudo, debe ser el ánimo de las partes en el proceso de anulación (su voluntad enmarcada en la libertad) a partir del cual se supone tendrá el legislador que entretejer los alcances y límites del mismo.

1. La legalidad o ilegalidad del acuerdo de renuncia a la interposición de la acción de anulación

De la redacción del artículo 40 Ley 60/2003, que dice: “Contra un laudo... podrá ejercitarse la acción de anulación...”, puede concluirse el carácter volitivo de la ley, lo cual significa que serán los legitimados en cada caso concreto, quienes deberán decidir si acudir o no a la jurisdicción a intentar tal anulación.

Sin embargo, una cosa es que se goce de la libertad de elegir si se interpone o no la acción de anulación, y otra que sea el propio legislador el que revista de legalidad un acuerdo previo de las partes en un arbitraje, en el que se pacte la renuncia a aquel control judicial, ya que al ser esta expresión directa del derecho a la tutela judicial efectiva, no tendría asidero jurídico una disposición normativa que validara un convenio que envolviera el desistimiento frontal a una acción que es un elemento sustancial de aquel derecho.

Por lo tanto, si nos centramos en la materia cautelar, a nuestro juicio, la respuesta a la legalidad o no de un pacto en el que las partes se privan de la interposición de la acción de anulación contra la decisión arbitral cautelar³², no puede

32 Sobre la cuestión en el ámbito del arbitraje internacional, ver por todos GHARAVI,

fundarse en la existencia o no de una norma que así lo habilite o lo prohíba, pues el silencio legal está más que justificado en el carácter fundamental del derecho en juego, la tutela judicial efectiva³³.

No obstante, cosa diversa es que sí es este derecho a la tutela judicial efectiva –objetivo intrínseco de todo mecanismo de resolución de controversias, en este caso concreto del arbitraje– el que determina la ilegalidad o no de un acuerdo entre partes en el cual se renuncie a la posibilidad de intentar la acción de anulación contra el laudo cautelar.

No es necesario plantear elaboradas elucubraciones para afirmar que al ser esta acción un elemento esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, todo pacto en el que se acuerde no solicitar la anulación de las decisiones arbitrales a las que el legislador en la Ley 60/2003 ha acompañado con la ¿suerte? de ser anuladas (la que resuelve sobre la competencia de los árbitros, art. 22; la que decide la petición de medidas cautelares, art. 23; y, el laudo que desata la controversia principal, art. 40) sería contrario a la Ley, ya que el mismo supondría privarse del derecho a la tutela judicial efectiva, que, por ser derecho fundamental, no es susceptible de renuncia³⁴.

H. G.: *The international effectiveness of the annulment of an arbitral award*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2002, pp. 23-29.

33 Otra postura sostiene MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 230-231, que sin sentar su posición al respecto señala que el legislador español “...ha optado por dejar “la puerta abierta” para que la jurisprudencia opere y decida si la renuncia de la acción de anulación es válida en derecho español”.

34 En este sentido, en el ámbito español, ver REMÓN PEÑALVER, J.: “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio, 2007, pp. 10-15; MARTÍN BRAÑAS, C.: “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, en *Foro Nueva época*, ob. cit., p. 118. En la doctrina colombiana ya lo manifestaba MANTILLA-SERRANO, F.: “Colombia”, en *International arbitration in Latin America* (eds. BLACKABY, N.; LINDSEY, D.; SPINILLO, A.), AA. VV., Kluwer Law Internacional, p. 128, en estos términos: “Only two forms

En todo caso, en aras de la exhaustividad en la investigación, es conveniente señalar que existen legislaciones que establecen expresamente lo contrario en torno a la anulación del laudo que resuelve la controversia principal. A modo de ejemplo, el artículo 192 of Switzerland's Federal Code on Private International Law of 1987:

1. If neither party has a domicile, a place of habitual residence, or a place of business in Switzerland, they may, by an express declaration in the arbitration agreement or in a subsequent written agreement, exclude all appeals against the award of the arbitral tribunal...

En el mismo sentido, la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071), artículo 63.8:

Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII³⁵.

En el mismo sentido, el artículo 107 Ley 1563 / 2012 dispone para el arbitraje internacional:

of recourse exist: recourse for annulment (setting aside)...The parties cannot waive either of these".

35 También, la Ley de Túnez y Bélgica; la primera en el artículo 78.6 del Tunisian Arbitration Code; la segunda en el artículo 1717.4 del Belgian Judicial Code. En la misma línea, la reforma al arbitraje en el ordenamiento jurídico francés del 13 de enero de 2011, que contempla en el artículo 1489 del Code Procédure Civile que: "*La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties*". Sobre otras legislaciones, ver REMÓN PEÑALVER, J.: "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, ob. cit., p. 10, pie de página 14.

...cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección.

Al potenciar aún más la posibilidad de privarse tácitamente de la ‘impugnación’ de los laudos que resuelven la controversia final, el Reglamento de la CCI contempla en su artículo 28.6:

...Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.

Que posteriormente viene a catalogar expresamente como renuncia en el artículo 33 que dispone:

Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del Tribunal Arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del Tribunal Arbitral o con el desarrollo del proceso, ha desistido de su derecho a objetar³⁶.

Continuando con la exposición de la ilegalidad del pacto de las partes en el que acuerden no intentar la anulación, cabe decir -además- que incluir el pacto en el convenio arbitral supondría también actuar en contra del artículo 9 Ley 60 / 2003 que regula lo relativo a aquel, según el cual el mismo debe contener únicamente aquellas cuestiones procedimentales

36 En el mismo sentido del artículo 28.6 antes transcrito, el artículo 26.9 Arbitration Rules of London Court of Internacional Arbitration.

y del arbitraje en general, sin que quepa incluir en él aspectos relativos a instituciones distintas al arbitraje en sí mismo considerado, como es –tal como lo vimos *supra*– la acción de anulación propia del proceso judicial³⁷.

Así las cosas, incorporar al pacto arbitral un acuerdo en los términos que previamente comentamos, no solamente resultaría contrario a la tutela judicial efectiva y, por tanto, vulnerador de derechos fundamentales, también chocaría frontalmente con el que según la ley debe ser su contenido.

2. Renuncia tácita a la acción de anulación

Al ser la acción de anulación un instrumento legal al servicio de todos aquellos que tengan interés en que se declare la ineficacia del laudo arbitral, su ejercicio debe ser voluntario³⁸ y, en consecuencia, no corresponde al legislador imponer la obligación de acudir siempre a tal acción, ni tampoco, cuando aquellos tuvieran previamente la condición de parte en el arbitraje, legitimar un acuerdo previo de renuncia a la misma.

Sin embargo, no debe olvidarse lo que nos recuerda la AP de Valladolid³⁹ acerca de que en virtud de la doctrina de los actos propios, “...las partes son dueñas del arbitraje en todos sus extremos y esa situación provoca que las mismas puedan consentir las infracciones que puedan existir a lo largo del arbitraje”⁴⁰. Lo que unido a la optimización del buen

37 VERDERA SERVER, R.; ESPLUGUES MOTA: “Comentario al artículo 9”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 375.

38 GUZMÁN FLUJA, V.: “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit. p. 269.

39 SAP de Valladolid (secc. 1) n.º 49/2006, 9 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2006/134484).

40 En el mismo sentido, SAP de Zamora (secc. 1) n.º 167/2007, 30 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2008/52044). También en la doctrina, GUZMÁN FLUJA, V.: “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003,*

uso de las instituciones jurídicas, como lo es precisamente la acción de anulación sobre las decisiones arbitrales, da como resultado la conveniencia de que el legislador establezca ciertas conductas que serán *conditio sine qua non* para el ejercicio futuro de la acción de anulación por las partes de un arbitraje. En todo caso, hay en la doctrina quienes consideran que esto significa, cuando quiera que ocurra, la limitación al ejercicio de la tutela judicial efectiva⁴¹.

Así, del artículo 6 Ley 60/2003⁴² se deriva que la parte que conozca de la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, deberá manifestar aquello dentro de un plazo prudencial, después de la ocurrencia del mismo, so pena de no poder intentar la acción de anulación del laudo arbitral⁴³. Expresamente señala:

...si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley.

de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011 (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit. pp. 268-269.

- 41 Entre otros, ver ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: "Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ob. cit., B. D.: [www.laley.es]; MAGRO SERVET, V.: "Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral en la Ley 60/2003", en *Diario La Ley*, ob. cit., B. D.: [www.laley.es].
- 42 La aplicación de esta norma en, SAP de Santa Cruz de Tenerife (secc. 4) n.º 66/2007, de 14 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2007/153250); SAP de Madrid (secc. 19) n.º 335/2005, de 12 de julio, B. D.: Westlaw (AC 2005/1499).
- 43 En el ámbito internacional, tanto en las legislaciones internas como en el ámbito institucional, también se ha adoptado tal disposición; como ejemplo están: el Japanese Arbitration Law, artículo 27; New Zealand Arbitration Act first Schedule, artículo 4; Canadian Commercial Arbitration Act, artículo 4; Ley sobre arbitraje comercial internacional de Chile n.º 19.971 de 2004, artículo 4; Ley de Arbitraje y Mediación de Paraguay n.º 1879/02, artículo 7; Arbitration Rules of Stockholm Chamber of Commerce, artículo 31; Commercial Arbitration Rules of AAA, R-37; Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del CIADI, regla 27; Ley peruana de arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo 1071), artículo 11.

En palabras del AP de Islas Baleares⁴⁴:

Este precepto establece una presunción *iuris tantum* de renuncia a las facultades de impugnación cuando no se denunciase dentro del plazo previsto para ello o tan pronto como sea posible la omisión de algún requisito del convenio arbitral.

Al hilo de lo anterior, los únicos motivos de anulación que responden a la infracción de normas de carácter dispositivo y, por tanto, para ser alegados debe denunciarse la vulneración inmediateamente ocurra, son: a) las notificaciones indebidas (art. 5 Ley 60/2003); b) cuando los árbitros resuelven sobre asuntos no sometidos a su decisión (art. 22 Ley 60/2003); y, c) la infracción convertida en motivo en el artículo 41.1.d), referida a la designación de los árbitros y procedimiento.

Así las cosas, la condición legal establecida para el ejercicio de la acción de anulación de las decisiones arbitrales por quienes sean parte en el arbitraje, exige de estas una actitud activa que garantice que, cuando tal acción se ponga en marcha, sea porque realmente haya un interés en la institución como remedio a los errores formales de la decisión. Así se evita que se acuda a la jurisdicción sin un verdadero fundamento jurídico, lo que únicamente conseguiría desgastar el aparato jurisdiccional que se pondría en funcionamiento sin sentido.

V. APLICACIÓN DE LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN DEL LAUDO A LAS DECISIONES CAUTELARES

El artículo 41 Ley 60/2003 que sigue al artículo 34 Ley Modelo⁴⁵, contempla seis motivos taxativos de anulación del

44 SAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 455/2010, de 22 de noviembre, B. D.: Westlaw (AC 2010/2333).

45 Sin ánimo de exhaustividad, entre los países latinoamericanos que adoptaron tal artículo de la Ley Modelo, pueden nombrarse los siguientes. México, Código de Comercio, artículo 1457; Panamá, Decreto Ley 5/1999, artículo 34; Paraguay, Ley 1879/2002, artículo 40; Perú, Decreto Legislativo 1071/2008, artículo 63;

laudo arbitral que pone fin a la controversia principal⁴⁶. En virtud de la remisión que realiza el artículo 23 de la misma normativa, los motivos taxativos deben aplicarse cuando se pretenda anular el laudo cautelar.

Así las cosas, aplicar a estas últimas decisiones una normativa que no ha sido pensada para anularlas, hace que la actividad remisoria de tales normas no sea por lo menos sencilla⁴⁷, y sí requiera de un análisis previo y una consideración especial⁴⁸.

1. Acerca del primer motivo de anulación: que el convenio arbitral no existe o no es válido

El primer motivo de anulación del laudo está contemplado en los siguientes términos en el literal a) artículo 41.1 Ley

y, República Dominicana, artículo 39, Ley 489/2008. Sobre la adopción en otras legislaciones de los motivos de anulación contemplados en el artículo 34 Ley Modelo, ver por todos en la doctrina GHARAVI, H. G.: *The international effectiveness of the annulment of an arbitral award*, ob. cit., pp. 33-43.

- 46 Algunos de los motivos establecidos en el artículo 163 Decreto 1818/1998 para la anulación del laudo principal, coinciden con los determinados en el artículo 41 Ley 60/2003, sin embargo, el catálogo colombiano es más extenso, cuando quiera que establece algunas causales sin similar en la normativa española, estas son: “artículo 163.5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.; 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo; 7. Contener la parte resolutoria del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento”.
- 47 Sobre lo difícil de entender el empleo de los motivos de anulación dispuestos por la Ley 60/2003 a la decisión cautelar, ver HINOJOSA SEGOVIA, R.: “La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales”, en *La nueva Ley de arbitraje* (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), AA. VV., Estudios de Derecho Judicial 102-2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 344. Lo ratifica en HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Comentario al artículo 37”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 519.
- 48 No compartimos la opinión de MARTÍN BRAÑAS, C.: “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, en *Foro Nueva época*, ob. cit., p. 132, que al referirse a la posibilidad de anular las decisiones cautelares que se consagra en la Ley, manifiesta que tal previsión no resulta “...excesivamente compleja...”.

60/2003 –que a su turno sigue al artículo 34.1.a).i) de la Ley Modelo–: “a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido”⁴⁹.

Por ser este un supuesto que se enmarca dentro del ejercicio de la voluntad de las partes en el arbitraje, entendemos que no podrá ser alegado por terceros que pretendan la anulación del laudo arbitral, ya que a ellos nos les incumbe alegar la inexistencia o invalidez de la supuesta relación contractual en la que han participado otros, que, de llegar a ser cierta, vulneraría los derechos de aquellos, no los suyos propios.

Tal como lo señalábamos en epígrafes anteriores, este es uno de los motivos condicionados por el legislador a la manifestación oportuna de la parte interesada de la ocurrencia que lo materializa. Específicamente, el legislador exige que se alegue ante los árbitros la excepción relativa a la existencia y validez del convenio arbitral, con el fin de que los árbitros resuelvan la misma, en virtud del artículo 22 Ley 60/2003⁵⁰.

Al hilo de lo anterior, es concluyente que la decisión arbitral previa sobre la existencia y validez del convenio arbitral, es un presupuesto *sine qua non* para que las partes en un arbitraje soliciten por el motivo dispuesto en el artículo 34.1. a) i) Ley 60/2003 la anulación del laudo arbitral⁵¹. Decisión que se supone no le ha dado la razón al peticionario, que se ve forzado a intentar posteriormente la anulación de aquel.

49 No se encuentra en la legislación colombiana una causal similar a esta. Bajo el Decreto 1818/98 se puede intentar la nulidad del laudo arbitral por causa del convenio arbitral, cuando este sea nulo absoluto por la ilicitud del objeto o causa ilícita; o siendo nulo relativamente, no se haya saneado y sí se hubiera alegado durante el procedimiento (art. 163.1).

50 Sobre este tema particular del convenio arbitral, ver por todos ARTUCH IRIBERRI, E.: *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, 1997; y KURKELA, M. S.; SNELLMAN, H.: *Due Process in Internacional Comercial Arbitration*, 2.^a ed., United Status, Oceana Publications, 2010, pp. 65-91.

51 Al respecto, SAP de Barcelona (secc. 15) n.º 97/2010, de 7 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2010/2780020); SAP de Madrid (secc. 14) n.º 685/2007, de 14 de diciembre, B. D.: Westlaw (AC 2008/331).

Presuponiendo que siempre que sean las partes en un arbitraje quienes pretendan la anulación por este motivo, estas habrán cumplido con lo anteriormente expuesto, deberá analizarse si es de recibo declarar la anulación de la decisión cautelar alegando aquel.

Para ello, lo que interesará revisar del contenido del convenio arbitral relativo a las cautelas, será lo dispuesto por las partes en torno a la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares⁵², a la determinación de que se adopten unas medidas cautelares específicas y a la posibilidad de hacerlo oficiosamente⁵³.

1.1. *Inexistencia de acuerdo cautelar*

Si nos ubicamos en el primer estadio, aquel en el que las partes convienen que los árbitros no pueden adoptar medidas cautelares, tendremos que partir de una decisión arbitral que resuelve desfavorablemente una solicitud de cautelas, al prosperar la oposición que el demandado cautelar ha realizado acerca de la existencia de un acuerdo entre las partes en el que se niega a los árbitros la potestad de conceder medidas cautelares.

52 CUCARELLA GALIANA, L. A.: "Artículo 23. La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares", en *Anuario de Justicia Alternativa: dedicado a Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, ob. cit., p. 105; MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 232-234.

53 En todo caso, hay autores que, sin argumentos sólidos, no consideran viable intentar la anulación del laudo cautelar por la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, es el caso de MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 232 que propone una posibilidad que, a nuestro juicio, resulta en exceso hipotética: que se interponga acción de anulación contra la decisión cautelar, cuando habiéndosele planteado a los árbitros la excepción de inexistencia o invalidez del convenio arbitral, la misma, al momento de dictarse aquella, no hubiese sido resuelta, toda vez que los árbitros esperaban decidir esta en conjunto con el asunto principal. En todo caso, tampoco aquí, por las razones arriba expuestas, sería procedente la acción de anulación contra el laudo o decisión cautelar.

En aquellos casos en los que el pacto anteriormente señalado jamás haya existido, al ser este una invención del demandado cautelar en su intento por torpedear la solicitud cautelar, consideramos que será procedente que el demandante cautelar afectado con aquella decisión arbitral, ataque la misma alegando el primer motivo de anulación descrito en la Ley 60/2003⁵⁴.

Precisamente, con la intención de evitar arbitrariedades durante el proceso arbitral cautelar, el legislador contempló la posibilidad de que las decisiones cautelares arbitrales tuviesen un control formal por parte de la jurisdicción. En consecuencia, alegar la existencia de un acuerdo con el contenido arriba señalado, que prive a una de las partes y al arbitraje en sí mismo de la potestad arbitral de adoptar medidas cautelares, es una de aquellas actuaciones torticeras que pretenden ser juzgadas en anulación.

Sin embargo, bien es cierto que esta debe ser la última opción a la que en la práctica se debe recurrir, pues la tutela cautelar es la que está en juego y, por tanto, es la celeridad la que allí debe primar. En otras palabras, aunque sea la anulación un instrumento que permite conseguir la ineficacia de aquel laudo que niega la adopción de las cautelas, esta no proporciona la tutela cautelar deseada en el proceso arbitral y, en consecuencia, lo que realmente resulta conveniente es utilizar todas aquellas opciones legales que en efecto van dirigidas a obtenerla.

De acuerdo con lo anterior, lo importante será la habilidad con la cual los abogados y asesores de las partes conduzcan la situación que se presentaría si el Tribunal arbitral negara unas medidas cautelares con motivo en la existencia de un

54 En el mismo sentido, CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 333-334; ARANGUENA FANEGO, C.: "Artículo 23", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 439; MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 234-235.

supuesto convenio arbitral que les niega tal competencia, pues antes de pretender la anulación de aquella decisión, deberían instar su petición ante los árbitros, argumentando y fundando su reiterada solicitud o incluso, acudiendo ante la jurisdicción con aquella rogación.

Al hilo de lo anterior, puede plantearse una hipótesis, construida sobre la base de un supuesto acuerdo entre las partes que niegue la tutela cautelar. Si bien un convenio en estos términos no gozaría de validez por ir en contra del orden público procesal, el Tribunal arbitral que se enfrente a dicho convenio puede apostar por interpretar que lo que se quería establecer era que los árbitros que conocieran de la controversia no tendrían competencia para adoptar medidas cautelares en ese caso particular y, en consecuencia, denegaría la petición. Si resulta que aquel acuerdo no existía podría el demandante cautelar intentar la anulación del laudo por el primer motivo que ahora analizamos. Sin embargo, caben aquí las mismas consideraciones en torno a lo poco útil que resultará para aquel que pretenda la tutela cautelar, la declaración de nulidad del laudo.

En la misma sintonía se presenta la hipótesis en la que se ha negado la adopción de medidas cautelares al prosperar la oposición formulada por el demandado cautelar, acerca de la existencia de un acuerdo de partes en el que se enunciaban las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas por los árbitros, siempre que las que se solicitaran fueran distintas a aquellas.

Cuando tal acuerdo no se correspondiese con la realidad, y fuese un supuesto derivado de una actuación indebida del demandado cautelar, cabría que el perjudicado con el laudo que ha negado las cautelas, intente la anulación de aquel por el primer motivo del artículo 41 Ley 60/2003: inexistencia del laudo cautelar. Sin embargo, 'trasvasamos' las mismas consideraciones efectuadas *supra* en torno a la utilidad que tal acción supone en la consecución efectiva de la tutela cautelar, y en consecuencia, afirmamos nuevamente

que lo verdaderamente conveniente sería recurrir a los instrumentos legales cuyo objetivo es la adopción y práctica de medidas cautelares, antes que a la anulación que tiene por objetivo la garantía de legalidad formal de las resoluciones, en este caso, arbitrales.

De otra parte, a nuestro juicio, también sería posible procurar por la causal ahora analizada, la anulación de un laudo que conceda medidas cautelares como resultado del ejercicio de los árbitros de la supuesta facultad oficiosa que les han concedido las partes.

Si aquel convenio de partes en el que se han basado los árbitros para adoptar determinadas medidas cautelares no existiera, podría el afectado con aquellas intentar la anulación del mismo por la causal primera del artículo 41 Ley 60/2003, pues se trataría de un evento en el que el convenio arbitral que origina el laudo que se pretende anular no ha existido, y en cambio sí ha supuesto una carga, en este caso injustificada, para el demandado cautelar.

En conclusión, es procedente la anulación de una decisión cautelar inspirada en la inexistencia de alguno de los aspectos que sobre las medidas cautelares se pueden contemplar en el acuerdo arbitral y, a nuestro juicio, debe encausarse en el primer motivo de anulación contemplado en el artículo 41 Ley 60/2003.

1.2. Invalidez del acuerdo cautelar

Cierto es que las partes en un arbitraje celebrado bajo el amparo de la Ley 60/2003, pueden convenir entre ellas cuestiones que delimiten en su arbitraje el desarrollo de la función cautelar. Sin embargo, todos estos acuerdos deben estar revestidos de legalidad, y no pueden ir en contra de los principios de validez jurídica que se exigen a todos los contratos.

Así las cosas, plantearse la invalidez del acuerdo cautelar supone ubicarse en un estadio en el que, al existir tal convenio, el mismo se ha conseguido sin libertad ni autonomía

de una de las partes, por medio de medidas restrictivas que han viciado su voluntad. A nuestro juicio, no cabría alegar como motivo de invalidez la falta de capacidad de las partes –tampoco las conocidas en relación con el objeto–, toda vez que al estar atacando la decisión cautelar se supone se está de acuerdo con que la controversia sea resuelta en sede arbitral, que en otras palabras significa que las partes capaces han dado su consentimiento válido para que así suceda; por tanto, no tendría sentido alegar la incapacidad al momento de alcanzar al acuerdo cautelar y, al mismo tiempo, la invalidez del convenio arbitral.

Así las cosas, y si la idea que debe orientar la aplicación de las normas que sobre anulación del laudo trae la Ley 60/2003 al ámbito de la decisión cautelar, es la necesidad de que las actuaciones arbitrales se enmarquen en la legalidad, y que cuando aquello no ocurra se consiga restituir el desequilibrio ocasionado, tenemos que decir que es la posibilidad legal de solicitar la anulación de tal decisión cautelar siempre que nos encontremos ante situaciones como la que ahora planteamos, la herramienta jurídica a la que se habrá de echar mano, siendo precisamente el primer motivo contemplado en el artículo 41 de la Ley, la vía más conveniente para hacerlo.

1.3. Consecuencia directa de la transposición

Aun cuando nos resulte criticable que todo aquel que vea defraudado su interés en obtener de los árbitros una decisión que adopte una medida cautelar, proponga una acción de anulación contra la misma, dado que la sentencia que la resuelve solo se pronunciará sobre la eficacia de aquella, vale la pena destacar que, al aplicar el primer motivo de anulación de los laudos contemplado en la Ley 60/2003 a las decisiones cautelares, salta a la vista que es diametralmente distinta la consecuencia alcanzada de llegar a prosperar la anulación demandada, cuando lo que se anula es una decisión cautelar y no un laudo que pone fin a la controversia principal.

Cuando se ataca en anulación un laudo por la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, lo que pretende el demandante es que los árbitros que se están ocupando de la controversia de la que es parte, dejen de hacerlo; para que sea un juez, representante de la jurisdicción, quien conozca y desate la misma⁵⁵. Por el contrario, cuando el objeto de la acción de anulación sea la decisión cautelar que niega la práctica de medidas cautelares, lo que en el fondo procura el accionante que alega el primer motivo es que, en virtud de la declaratoria de ineficacia que un juez realice de aquella, los árbitros que dirigen el conflicto principal sean quiénes con posterioridad resuelvan lo relacionado con las cautelas.

Es decir, mientras con la anulación del laudo arbitral se consigue que los árbitros dejen de conocer el asunto sometido al arbitraje, al pasar la jurisdicción a tener competencia sobre el mismo (salvo la firma de un nuevo convenio de sumisión al arbitraje)⁵⁶, con la anulación de la decisión cautelar el efecto que se consigue es totalmente opuesto: serán los árbitros quienes decidirán lo relacionado con las medidas cautelares, claro, siempre y cuando así se los solicite el interesado, con posterioridad a la sentencia que anula el laudo.

Situaciones similares a la anterior se presentarían también en las otras hipótesis de inexistencia o invalidez del convenio cautelar, ya estudiadas en epígrafes precedentes, pues aquel que intenta la anulación del laudo cautelar por la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, no lo hace con la intención de que aquella que resuelva sobre las medidas cautelares en el arbitraje sea la jurisdicción. Así, por ejemplo, cuando se aspira a la anulación de un laudo dictado por los árbitros de forma oficiosa, aun cuando carecieran de autorización para el efecto, o de aquel que resuelve sobre

55 GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Comentario al artículo 40", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 989.

56 YÁÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, ob. cit., p. 847.

medidas cautelares excluidas en el convenio cautelar, lo que se persigue es que la función cautelar ejercida en su arbitraje particular se enmarque en lo realmente pactado por las partes.

Lo anterior nos demuestra cómo la transposición de las normas de anulación del laudo no es una labor simple, sin trasfondo alguno, por el contrario, es una actividad que merece ser estudiada con detalle, para lograr que la institución de las medidas cautelares en el arbitraje se desarrolle bajo el marco de legalidad y garantía de los principios propios de la tutela cautelar y de tal mecanismo de resolución de controversias.

2. Acerca del segundo motivo de anulación: que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos

El motivo que ahora nos ocupa sigue literalmente lo dispuesto por la Ley Modelo en el artículo 34.2.a).ii). Así, establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que lo solicita “...no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”⁵⁷.

Este motivo podrá ser apreciado de oficio por el Tribunal que conozca de la decisión con ocasión de la solicitud de anulación, o a instancia del Ministerio Fiscal, en relación con los intereses que deba defender.

La mayoría de los autores sostienen que en el anterior precepto se contemplan dos o tres motivos distintos de anulación⁵⁸. Sin embargo, al analizarlo con detenimiento, la

57 Ver, SAP de Madrid (secc. 14) n.º 86/2010, de 9 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2010/147452).

58 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de*

conclusión a la que hemos llegado es distinta⁵⁹: nos encontramos ante un único motivo que engloba todas aquellas situaciones en las que el ahora demandante en anulación, no ha podido ejercer los derechos que tiene como parte de un proceso arbitral⁶⁰. Así, el legislador, al reconocer un típico evento en lo que aquello podría materializarse, recoge expresamente la hipótesis de indebida notificación de la designación de los árbitros; pero, al mismo tiempo, deja la puerta abierta al plantear que aquello podría suceder con cualquier otra actuación arbitral⁶¹.

Así las cosas, este es un motivo que podría ser alegado tanto por quienes tuvieran el carácter de parte en un arbitraje, como por los terceros que ajenos al mismo argumentaran -por ejemplo- la indebida integración del contradictorio en el proceso arbitral, ya que debiendo ser parte en él no se les notificara de su existencia.

2011 (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1686; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., p. 267.

- 59 Una postura similar es la de LACRUZ MANTECÓN, M.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (coord. DIAZ-BASTIEN, E.), Madrid, Reus, 2007, p. 215, quién sostiene que en tal disposición se encuentran dos causas del motivo que en efecto se alega.
- 60 A diferencia de la generalidad por la que ha optado en este motivo el legislador español, la normativa colombiana dispone aspectos particulares del procedimiento, que realizados de forma indebida, dan lugar a la anulación. En el artículo 163.4 Decreto 1818/1998 establece lo siguiente: "*Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos*".
- 61 Un motivo similar se contempla en el régimen arbitral colombiano, Decreto 1818/98 artículo 163.3, que establece en términos generales que podrá intentarse la anulación cuando durante el procedimiento arbitral no se hubiesen hecho las notificaciones tal como señala la Ley, "*...salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia*".

2.1. Como motivo para intentar la anulación de la decisión cautelar

Como el motivo que ahora estudiamos plantea en términos genéricos la posibilidad de solicitar la anulación de un laudo -o decisión- arbitral cuando una de las partes no haya podido ejercer sus derechos⁶², de cara a nuestro objeto de estudio debemos centrarnos en determinar cuáles son aquellos que se podrán alegar transgredidos, cuándo lo que se somete al control formal de la jurisdicción es la decisión cautelar⁶³.

No compartimos la opinión de MALLANDRICH MIRET, quien sostiene que incluso cuando la afectación no sea propiamente con ocasión del procedimiento cautelar, sino con el arbitral, también podría intentarse, alegando este motivo, la anulación de la decisión cautelar⁶⁴. A nuestro juicio, esta posición desborda el querer del legislador cuando consideró la posibilidad de que la decisión cautelar pudiese ser anulada y, en consecuencia, se le aplicaran los motivos de anulación general.

Antes de entrar a analizar los derechos susceptibles de ser quebrantados durante el proceso cautelar, es necesario señalar que aun cuando el motivo se refiera al concepto de parte en términos genéricos, al aplicar el mismo a la decisión cautelar su ámbito se reduce, en primer lugar, a aquella que ocupa el lugar de demandada cautelar, si tenemos en cuenta que se entiende que su contraparte ha podido defender sus derechos en la medida en que su solicitud de adopción de medidas cautelares ha sido atendida por los árbitros, ya

62 Se encuentran autores que critican la redacción abierta de esta norma. HINOJOSA SEGOVIA, R.: "La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales", en *La nueva Ley de arbitraje* (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), ob. cit., p. 347, aboga por una interpretación limitada de esta por los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

63 MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 236.

64 *Ibíd.*, pp. 236-237.

que han dictado una decisión sobre la materia que ahora es objeto de la acción de anulación. En segundo lugar, también podrán procurar la anulación por este motivo, los terceros del proceso arbitral en el que se enmarcaron las cautelas cuya ineficacia ahora se intenta.

Además, y aunque parezca de Perogrullo, aquel laudo cautelar que bajo este motivo se pretenda anular, deberá ser de los que conceden las medidas cautelares requeridas, de lo contrario no resultaría de interés para el demandado cautelar, aun cuando no se le hubiera permitido defender sus intereses, ni para los terceros, alcanzar la anulación de aquel que no adoptó las cautelas.

Pues bien, todo procedimiento cautelar, bien sea el determinado por las partes, el establecido en un Reglamento arbitral o Ley procesal, o el fijado por los propios árbitros, debe estar siempre enmarcado en los principios que orientan al proceso arbitral: igualdad, audiencia y contradicción.

En consecuencia, se espera que, una vez presentada la petición de adopción de medidas cautelares, los árbitros se cuiden de integrar adecuadamente el contradictorio, dándole traslado de la misma a todos aquellos que integren la contraparte, otorgándole la oportunidad de manifestarse, bien por escrito, o en audiencia pública, acerca de las cautelas que se están pidiendo.

Cuando el Tribunal arbitral proceda de la forma antes señalada, a nuestro juicio se concluye que, sin depender de la actuación pasiva o activa de la demandada cautelar, esta no podría afirmar, en principio, que se le han vulnerado sus derechos y, en consecuencia, solicitar la anulación de la decisión cautelar por el segundo motivo. Una excepción a lo anterior se plantea de negar a aquella parte una segunda oportunidad para hacerlo, cuando por motivos de fuerza mayor no hubiese podido manifestar su posición al respecto; en este caso sí sería admisible que dicha parte intentara la anulación del laudo cautelar por la causal que ahora analizamos.

Al mismo tiempo, cuando los árbitros, siguiendo lo que a su turno la LEC 1/2000 contempla: medidas cautelares *inaudita parte*, decidan favorablemente las mismas, sin haberle dado previamente la posibilidad a la contraparte de manifestarse al respecto, nos encontraríamos irremediablemente, en nuestra opinión, en una situación de vulneración de derechos que podría resarcirse por medio de la acción de anulación, alegando precisamente el segundo motivo que ahora estudiamos.

También, cuando aquel tercero que considere tener derechos para integrar el contradictorio del proceso cautelar, no haya sido notificado del proceso arbitral y, por tanto, se haya visto excluido del mismo, a nuestro juicio, cabría que intentara la nulidad de aquel laudo cautelar, alegando la causal que en este epígrafe analizamos.

Por consiguiente, bien la demandada cautelar a la que no se le permita ejercer su derecho de contradicción frente a las medidas cautelares solicitadas por su contraparte, y bien aquel tercero que debiendo ser parte del arbitraje no se le vinculó al mismo y, en consecuencia, se le privó del derecho de manifestarse en contra de las cautelas impuestas, estarían legitimados para solicitar ante la jurisdicción la anulación de la decisión cautelar, en virtud del segundo motivo contemplado en el artículo 41.1 Ley 60/2003⁶⁵.

Es necesario señalar que la generalidad y amplitud con la que está redactada esta causal puede ocasionar que la misma se convierta en el ‘cajón de sastre’ de la anulación de las decisiones cautelares⁶⁶. Queda entonces al arbitrio del intérprete—demandante en anulación y juez que conozca de la acción— el alcance del mismo, que confiamos sea

65 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 362.

66 La misma referencia en relación con la anulación de los laudos que resuelven la controversia principal, en BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (COORD. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1695.

determinado de manera racional sin querer cobijar con estas situaciones que queden por fuera de su margen de acción.

3. Acerca del tercer motivo de anulación: que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión

En el artículo 34.2.a).iii) de la Ley Modelo se refleja de forma específica el motivo que el legislador español contempló sintéticamente en el numeral tercero del artículo 41.1 Ley 60/2003⁶⁷. Allí se dispone que como quiera en la decisión arbitral se resuelven asuntos que no fueron sometidos a la competencia de los árbitros, esta puede ser anulada⁶⁸.

Centrándose el debate de este motivo de anulación en la propia competencia del Tribunal arbitral, hay que entender que los interesados en demostrar la ausencia de sincronía entre aquella y la efectivamente puesta en marcha por aquel, son precisamente las partes del arbitraje que en consumo le han otorgado tal competencia. En consecuencia, a nuestro juicio, no cabe esperar que los terceros intenten la anulación alegando este motivo.

3.1. Como motivo para intentar la anulación de la decisión cautelar

Para pretender por este motivo la anulación del laudo cautelar, hay que aclarar qué es lo que se supone deben resolver los árbitros, ya que todas las cuestiones que desborden tales asuntos están fuera de su objetivo y, en consecuencia, carecen de eficiencia. En otras palabras, tendrá que determinarse,

67 Ver, SAP de Madrid (secc. 18) n.º 371/2007, de 25 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2007/267976).

68 En el régimen colombiano está establecido el mismo motivo de anulación, artículo 163.8 Decreto 1818/1998, en los siguientes términos: “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros...”.

en términos doctrinales, si la decisión es “congruente” con lo pedido⁶⁹. Al respecto, nos permitimos citar a BARONA VILAR, que claramente expresa: “...en el estudio de este motivo de anulación hay que pergeñar los elementos que deben ponderarse a efectos de la correlación entre lo que se pide y lo que se da, para determinar si se ha incurrido en incongruencia”⁷⁰.

Así las cosas, debe afirmarse que el objetivo y contenido de la decisión cautelar, no es otro distinto a la concesión o negación de la medida cautelar solicitada, junto a la fijación de la caución, si es que hubiere sido acordada por los árbitros.

De esta manera, una vez delimitado el contenido de la decisión cautelar, tendrá que analizarse en qué situaciones puede plantearse la anulación de la decisión cautelar, por la materialización del motivo ahora estudiado.

Si se inicia por el que se supone debe ser el elemento básico del laudo cautelar, este es, la aprobación o negación de la medida cautelar pretendida, imagínese lo que ocurriría de llegar a presentarse el evento en el que los árbitros adopten una medida cautelar más gravosa de la que a su turno se les hubiere pedido, lo que es considerado por la doctrina incongruencia *ultra petitem*⁷¹. En este caso, aun cuando sería de recibo manifestar que el árbitro ha resuelto, en términos generales, sobre lo requerido, resulta claro que se ha extralimitado en sus funciones, perjudicando a una de las partes. Por perder su imparcialidad al tomar partido por una de ellas ha olvidado su papel de árbitro de la controversia.

De todas formas, debemos hacer énfasis en que nos referimos a las decisiones en las que se adoptan medidas cautelares

69 Sobre la congruencia de los laudos arbitrales, aun cuando fuere bajo el marco de la Ley arbitral de 1988, es interesante el estudio de MOLINA CABALLERO, M. J.: *La congruencia en los laudos arbitrales*, Universidad de Málaga, 2002.

70 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1703.

71 Este tipo de incongruencia está establecida expresamente en la legislación de Colombia, artículo 163.8 Decreto 1818/1998, como un motivo de anulación del laudo principal: “...haberse concedido más de lo pedido”.

más gravosas de las indicadas en la demanda, no en las que se conceden otras distintas, que no son más perjudiciales a las pedidas inicialmente; por ejemplo, aquellas que aunque menos molestas para el demandado cautelar, logran los mismos efectos que la solicitada por el demandante⁷². En este caso, a nuestro juicio, no podría afirmarse que el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión y, en consecuencia, no sería procedente intentar la anulación de la decisión cautelar por el tercer motivo de artículo 41.1 Ley 60/2003.

Al hilo de la anterior situación planteada y siguiendo a BARONA VILAR⁷³, también es posible la anulación cuando la decisión arbitral no solo decida sobre la medida cautelar que se ha solicitado, sino también sobre otras distintas sobre las que nada ha dicho el demandante cautelar. Esta hipótesis, que se conoce en la doctrina y jurisprudencia como incongruencia *extra petitum*⁷⁴, igualmente se manifestaría cuando los árbitros otorgaran una medida cautelar por razones distintas a las esbozadas por el demandante cautelar⁷⁵.

Estas situaciones encuadran en el motivo de anulación que ahora nos ocupa, pues los posibles errores o ausencias argumentativas y de fundamentación que el solicitante de la medida pudo haber tenido en su demanda cautelar, no deben ser enmendados por el árbitro, que, como director del proceso, se presume imparcial.

Al margen de las anteriores hipótesis, a continuación nos atrevemos a presentar otras que, a nuestro juicio, de llegar a ocurrir, pueden motivar la solicitud de anulación de la decisión cautelar por el tercer motivo.

72 En este mismo sentido, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 237-240.

73 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 362.

74 Ver, SAP de Las Palmas (secc. 5) n.º 238/2010, de 17 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/9921).

75 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 334.

Puede darse el caso de una decisión cautelar en la que aun cuando los árbitros resuelvan sobre la medida que se les ha solicitado, también aprovechen para pronunciarse acerca de cuestiones distintas a la cautelar, por ejemplo, lo relativo a las pruebas pretendidas en el arbitraje. De acuerdo con el objetivo de la decisión cautelar, es evidente que en este evento los árbitros, de llegar a obrar así, no estarían siendo estrictos en la labor de ser coherentes durante el proceso arbitral, se estarían excediendo en torno al contenido propio del laudo y, en consecuencia, el afectado con la medida cautelar, interesado en que la decisión se caiga, sí podría solicitar la nulidad de la misma por el motivo que ahora estudiamos.

Cabe plantearse que las partes previamente hubiesen acordado que la medida cautelar que ahora el árbitro concede en la decisión atacada, no sería pedida en el proceso arbitral. En este caso, también valdría que el interesado intentara la anulación alegando la causal de la que ahora nos ocupamos, pues el árbitro o árbitros han resuelto sobre una cuestión que no les competía en ese momento: una medida cautelar que las partes han dejado por fuera de ese proceso arbitral.

Una tercera hipótesis se presentaría cuando los árbitros, desconociendo el acuerdo previo de las partes de solamente acudir ante la jurisdicción para pedir la adopción de medidas cautelares, dictaren un laudo o resolución resolviendo favorablemente las medidas cautelares que se le solicitan. Este sería otro evento en el que el demandado cautelar podría ir a la anulación, alegando el tercer motivo contemplado en el artículo 41.1 Ley 60/2003, ya que los árbitros habrían decidido sobre cuestiones "...no sometidas a su decisión...".

Como ejercicio meramente teórico, se plantea la posibilidad de que los árbitros dicten decisiones cautelares que no resultan ser tales por resolver sobre otras cuestiones. Sin embargo, lo absurdo del ejemplo y lo difícil de convencerse de que en la práctica esto ocurra, nos lleva a concluir el sinsentido de considerarlo como una de aquellas en las que alegándose el tercer motivo pueda intentarse la anulación.

Si bien en la hipótesis inmediatamente expuesta no sería viable que el demandante cautelar solicitara el complemento del laudo (art. 39.1.c) Ley 60/2003), pues aquí no se trataría de un caso de incongruencia *infra petita*⁷⁶ ya que el laudo dictado no se corresponde con lo que se supone deberían haber resuelto los árbitros, sí podría reiterar su solicitud al Tribunal arbitral, haciendo referencia al error en el que habrían incurrido o, incluso, acudir a la jurisdicción pero no a intentar la anulación, sino la adopción de aquellas medidas cautelares fracasadas en sede arbitral.

Así las cosas, si alega el tercer motivo de anulación, podrá el demandado cautelar solicitar la declaratoria de ineficacia del laudo, cuando en este se resuelvan no solo cuestiones cautelares sino también otras que, aun incumbiendo al arbitraje como tal, no tienen relación con la solicitud de medidas cautelares, o que, incluso disponiendo sobre tales medidas, por voluntad de las partes, estas quedan fuera de la competencia de los árbitros, o cuando los árbitros, al tomar partido en la controversia, adoptan medidas más gravosas para la demandada cautelar.

**4. Acerca del cuarto motivo de anulación:
que la designación de los árbitros o el procedimiento
arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes,
salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma
imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo,
que no se han ajustado a esta ley**

La mayoría de la doctrina afirma que son dos los supuestos de anulación que contempla el motivo d) del artículo 41.1 Ley 60/2003⁷⁷. Sin embargo, a nuestro juicio, el mismo

76 Este tipo de incongruencia también se encuentra en la legislación colombiana, Decreto 1818/1998, artículo 163.9, como motivo de anulación: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

77 GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley 60/2003*,

contiene cuatro supuestos distintos: 1) Que la designación de los árbitros no se ha ajustado al acuerdo al que han llegado las partes⁷⁸, salvo que este sea contrario a la Ley⁷⁹; 2) Que el procedimiento arbitral que los árbitros han seguido, desconoce el aceptado y convenido por las partes⁸⁰, a menos que sea *contra legem*; 3) Que la designación de los árbitros cuando nada hubiesen dispuesto las partes, no se ha ajus-

de 23 de diciembre, de arbitraje (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1001; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 270-271. BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1714-1715.

78 SAP de Madrid (secc. 12) n.º 137/2007, del 1 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2007/173969).

79 En la SAP de Madrid (secc. 14) n.º 685/2007, de 24 de diciembre, B. D.: Westlaw (AC 2008/331) se declara la nulidad del laudo arbitral con motivo en que el procedimiento de designación del árbitro convenido por las partes, vulnera el principio de igualdad, expresamente señala: "...el procedimiento establecido en los estatutos y en el reglamento de régimen interior de la asociación demandada para el nombramiento de árbitro que resuelva las controversias acotadas entre la asociación y los asociados, vulnera flagrantemente el principio de igualdad, ya que no son las partes o un tercero al que las partes hayan confiado el nombramiento del árbitro quienes acuerdan dicho nombramiento, sino que el nombramiento se confía en exclusiva a una sola de las partes, la asociación. Nada tendríamos que oponer al procedimiento de nombramiento de árbitro, en la forma estipulada, para la resolución de controversias entre los asociados, pero sí cuando se trata de la resolución de controversias entre los asociados y la asociación, porque en este caso, el nombramiento del árbitro se confía a la junta rectora de una sola de las partes, la asociación, que se sitúa en evidente situación de predominio, con un árbitro nombrado exclusivamente por ella, con carácter temporal, y dependiente de la misma, cuando se trata de resolución de controversias en que dicha asociación sea parte. El desequilibrio no ha sido corregido y, por ello, concurre causa de nulidad del laudo dictado".

80 Ver, SAP de La Rioja (secc. 1) n.º 161/2009, de 12 de mayo, B. D.: Westlaw (AC 2009/1072), que declara nulo un laudo arbitral con motivo en que el procedimiento arbitral desconoció el acordado por las partes, con fundamento en que el mismo fue producto de la decisión de un órgano unipersonal conformado por la presidente de la Junta Arbitral, cuando debería haber sido por uno colegiado, expresamente dice: "*estimamos que la constitución la Junta Arbitral está viciada de raíz por la falta de todos sus vocales... En consecuencia, procede acoger el motivo de impugnación alegado y declarar la nulidad del Laudo Arbitral impugnado*". También sobre este motivo, la SAP de Valencia (secc. 7) n.º 435/2008, de 14 de julio, B. D.: Westlaw (AC 2008/2376).

tado a la ley⁸¹; y 4) Que el procedimiento arbitral cuando nada hayan dicho las partes al respecto, contraría lo fijado por el legislador⁸².

Pretender trasladar este motivo al ámbito de la anulación de las decisiones cautelares -que aunque en otros términos, refleja al artículo 34.2.a).iv) de la Ley Modelo- nos obliga a descartar, por obvias razones, el primer y tercer evento arriba señalado, referidos a la designación de los árbitros⁸³ y, a detenernos en la aplicación y en los posibles problemas que del segundo y cuarto resultan.

En todo caso, los términos en los que se plantea este motivo de anulación, permiten que sea alegado por el afectado con el laudo cautelar, sea cual sea su posición en el proceso que dio lugar a aquel, incluso aun cuando no hubiese sido parte en el mismo. En otras palabras, tanto quien procura la medida cautelar, el afectado con aquella e incluso un tercero, según sus intereses podrán acudir ante la jurisdicción con la demanda de que se anule el laudo cautelar que o bien niegue la cautela o bien la adopte.

Sin embargo, caben aquí las mismas consideraciones realizadas en los motivos anteriores con ocasión de la conveniencia de intentar la anulación contra un laudo que rechaza la adopción de medidas cautelares. Habiendo otras

81 Ver, SAP de Madrid (secc. 14) n.º 685/2007, de 24 de diciembre, B. D.: Westlaw (AC 2008/331) en la que se niega la anulación del laudo arbitral por indebida designación del árbitro, cuando quiera que el mismo se eligió conforme a lo establecido en los estatutos de la Asociación a la que hacía parte la demandada, expresamente dice: *"La demandante adquirió voluntariamente la condición de asociada y quedó sometida a los estatutos y acuerdos de la asociación y el nombramiento del juez árbitro se había efectuado por la junta rectora de conformidad con lo previsto en los estatutos y en el reglamento de régimen interior.... Por tanto, no concurre el motivo de anulación previsto en el artículo 41.1.b de la Ley de Arbitraje"*.

82 Ver, SAP de Murcia (secc. 3) n.º 242/2007, de 9 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2008/86217).

83 Se encuentra en la normativa de Colombia, Decreto 1818/1998, artículo 163.2, una causal de anulación referida a la indebida constitución del Tribunal: *"No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal..."*, condicionando su alegato a la manifestación expresa de lo mismo en la primera audiencia de trámite.

vías para conseguir la tan anhelada cautela, el abogado de quien ha visto truncado su interés en obtenerla, debería antes que recurrir a la anulación, ‘surcar’ otros caminos que el mismo legislador le ofrece como viables para obtener medidas cautelares, por ejemplo, la solicitud de estas a los jueces o, incluso, presentar nuevamente ante el Tribunal arbitral su petición, fundamentando la misma en los errores procesales cometidos por aquel durante el procedimiento inicial, que serían aquellos en los que eventualmente se podría sustentar la anulación bajo el motivo ahora estudiado.

4.1. Cuando el procedimiento cautelar seguido por los árbitros es distinto al acordado por las partes

En el capítulo referido al procedimiento arbitral determinamos que de la redacción del artículo 23 Ley 60/2003, y del principio de la autonomía de la voluntad de las partes que irradia toda la institución, tiene que afirmarse que estas podrán acordar cuál será el procedimiento que deberán seguir los árbitros para adoptar medidas cautelares, ya sea fijando uno como tal, o bien remitiendo a otro ya señalado, por ejemplo, aquel dispuesto en un reglamento arbitral.

En línea con lo anterior, podrá alegarse el cuarto motivo en aquellos eventos en los que las partes habiendo acordado lo referente al procedimiento cautelar, no vieren reflejado el mismo en aquel seguido por el árbitro. Por ejemplo, cuando hubieran convenido que todas las medidas cautelares se adoptarían previa audiencia de parte, y los árbitros ignorando tal voluntad, las concedieran *inauditam parte*, o por el contrario, cuando habiendo pactado la posibilidad de que se adoptaran *inauditam parte*, el Tribunal arbitral no las hubiese permitido.

Otra situación que encuadraría en este motivo de anulación, sería cuando las partes hubiesen dispuesto un plazo en el que se esperaba que los árbitros decidiesen las peticiones de medidas cautelares, y no fuera cumplido.

Respecto de este último ejemplo, debemos hacer la siguiente consideración: la Ley 60/2003 original no contemplaba como un motivo de anulación autónomo, el haberse dictado el laudo fuera del plazo establecido, tal como en su momento si lo hiciera la ley de arbitraje española de 1988. Aun así, esto no fue óbice para que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, considerasen que aquello era posible bajo la causal ahora analizada⁸⁴, ya que al ser la duración del arbitraje un aspecto procedimental susceptible de ser acordado por las partes, su incumplimiento por parte de los árbitros se encuadraba en el motivo de anulación que ahora analizamos.

Sin embargo, a partir de la reforma que la Ley 11/2011 efectuó sobre la Ley 60/2003, la conclusión anterior necesariamente debe matizarse, pues ahora la propia ley viene a afirmar en el artículo 37.2 que salvo acuerdo en contrario de las partes, el laudo que se dicte por fuera del plazo es válido⁸⁵, es decir, tendrán las partes que acordar la posibilidad de intentar la anulación de un laudo emitido fuera de plazo, ya que de lo contrario el mismo estará revestido por mandato legal de validez⁸⁶. En todo caso, en la reforma de la Ley 11/2011, no ha planteado el legislador el pronunciar

84 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1729; GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ob. cit., pp. 43-46; MONTESINOS GARCÍA, A.: *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob. cit., p. 385.

85 Aunque esta modificación aún es reciente ya se encuentran en la doctrina voces a favor y en contra de la misma. En el primer escenario está DE ALFONSO, J. M.: “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, ob. cit., pp. 19-20; en el segundo, PARDO IRANZO, V.: “Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 26, Iustel, 2012, en B. D.: [www.dialnet.uniroja.es].

86 En la doctrina se ha agradecido esta modificación que resultaba necesaria dado que, en la jurisprudencia, no había una única postura respecto a la posibilidad de intentar la anulación de un laudo dictado fuera de plazo. Ver, MARCOS FRANCISCO, D.: “Las garantías del arbitraje tras la reciente ley de

el laudo fuera de plazo como un motivo específico de anulación, lo que habrá que llevar a entender, en consecuencia, que el mismo deberá encausarse en el cuarto motivo del artículo 41 Ley 60/2003⁸⁷.

Una vez más, jugará un papel esencial la asesoría desempeñada por los abogados de las partes en el arbitraje, en quienes debe recaer la responsabilidad de ilustrarles a aquellos la importancia de elaborar de forma precisa y clara un acuerdo arbitral en el que se pacte, por ejemplo, la cláusula que les permitirá aspirar en un futuro a la anulación del laudo cautelar por haberse formulado el mismo por fuera del plazo fijado por ellos.

Cierto es que el mismo artículo 37.2 Ley 60/2003 dispone que, siempre que el laudo final sea dictado por fuera de plazo, podrá intentarse de los árbitros su responsabilidad, lo que 'trasvasado' al laudo cautelar supondría afirmar que si se emitiera el mismo con posterioridad a lo dispuesto por las partes, ellas podrían procurar la responsabilidad de los árbitros; sin embargo, si tenemos en cuenta las dificultades propias de ambicionar que los árbitros respondan, pues el legislador exige para el efecto demostrar la mala fe o el dolo (art. 21.1)⁸⁸, afirmamos que lo más conveniente es que las partes, amparadas en el artículo 37.2, acuerden la posibilidad de pretender la anulación del laudo cautelar cuando este sea pronunciado por fuera del plazo establecido para el efecto.

En consecuencia, al trasladar lo anterior a la anulación de la decisión cautelar, diremos que a partir de la Ley 11/2011,

reforma de la Ley arbitral", en *Actualidad Civil*, n.º 17, Quincena del 1 al 15 de octubre 2011, La Ley 15181/2011, B. D.: [www.diariolaley.es].

87 ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: "Régimen del laudo arbitral. Su anulación y ejecución", en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011* (dir. DAMIÁN MORENO, J.), AA. VV., ob. cit., pp. 135-136.

88 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1529.

cuando los árbitros formulen fuera del plazo convencional la decisión cautelar, la parte interesada podrá intentar la anulación de la misma en virtud del motivo que previamente comentamos en este epígrafe, siempre y cuando así lo hubiese pactado con su contraparte.

De cualquier manera, no cabría solicitarse la anulación por el cuarto motivo, cuando la razón por la cual los árbitros no siguieron el procedimiento convencional, fuese la vulneración por parte de este de una norma imperativa de la Ley 60/2003 (piénsese por ejemplo, aquel en el que se le dé un trato desigual a las partes).

Al hilo de lo anterior, la única forma que tiene el juez que conoce de la acción de anulación para enterarse de la legalidad del procedimiento cautelar, es por medio del análisis de las razones que llevaron a los árbitros a descartar la aplicación del mismo, al no tener conocimiento directo del acuerdo de las partes que lo contiene. Esto, aunque razonable, no deja de ser cuestionable, pues supone que los jueces evaluarán la decisión arbitral analizando incluso las razones de esta, no del fondo de la decisión como tal, sino del porqué no siguieron el procedimiento cautelar convenido por las partes.

De otra parte, no exige la ley, por lo menos expresamente, que la infracción cometida por los árbitros en torno al procedimiento convenido por las partes, para poder ser alegada y tenida en cuenta en la acción de anulación, sea de una magnitud sobresaliente. Sin embargo, dado el rigor de tal acción y lo restringida que esta es, debemos afirmar, como ya lo hacen algunos autores, que el desconocimiento de los árbitros debe haber sido en torno a un elemento procedimental esencial⁸⁹.

89 GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: "La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), ob. cit., p. 249. También, LETE ACHIRICA, J.: "Artículo 41", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*,

Piénsese por ejemplo que no sería procedente, por lo que la anulación supone, pretender la misma cuando los árbitros desconociendo el término de cinco días pactado por las partes para convocar a audiencia a la demandante cautelar, la hubiesen hecho a los ocho días. Sin embargo, ya decíamos anteriormente, sí cabría solicitar la anulación cuando acordando la prohibición de adoptar medidas *inaudita parte*, las mismas hubiesen sido adoptadas, toda vez que esto tiene relación con un aspecto esencial del procedimiento como tal, y con los principios mismos del arbitraje enlistados en el artículo 24 Ley 60/2003.

4.2. Cuando el procedimiento cautelar seguido por los árbitros no se ajusta a la Ley

Dado que el legislador se ha limitado a regular las medidas cautelares en un único artículo, el 23 Ley 60/2003, y que en este nada señala en torno al procedimiento cautelar, no cabe entonces intentar la anulación por la vulneración de normas procedimentales específicas.

Sin embargo, el silencio legal antes referido no puede significar que tal motivo no será de aplicación a las decisiones cautelares, si tenemos en cuenta que el legislador sí contempló distintos principios procesales (art. 24 de la Ley 60/2003), que se suponen deben irradiar todo el procedimiento arbitral.

Así las cosas, consideramos que cuando el procedimiento cautelar adoptado por los árbitros vulnere los principios de igualdad, audiencia y contradicción, la parte afectada podrá accionar contra la decisión cautelar producto de tal procedimiento, alegando la causal que ahora estudiamos.

(dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 660; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1005.

Sin embargo, hay quién sostiene una posición totalmente contraria⁹⁰, al afirmar que la infracción a tales principios deberá impugnarse mediante el segundo motivo de anulación; sobre tal discusión nos referiremos en el epígrafe siguiente.

4.3. *Su especialidad e independencia*

Con ocasión del estudio del segundo motivo de anulación, señalamos que en este se contempla de forma genérica un único supuesto que permitirá a las partes que no hayan podido ejercer sus derechos, solicitar la anulación de la decisión arbitral, en nuestro caso, cautelar.

Para la mayoría de la doctrina el motivo anteriormente descrito abarca incluso el detallado en el literal d) del mismo artículo 41.1 que ahora estudiamos, pues seguir un procedimiento cautelar distinto al acordado por las partes, o uno no ajustado a la ley, puede producir indefensión⁹¹.

Como lo dijimos en su momento, es cierto que el motivo enlistado en el literal b) tiene una redacción lo suficientemente amplia que permite encuadrar en él multiplicidad de situaciones, entre ellas, por ejemplo, la anterior afirmación doctrinal. Sin embargo, técnicamente no sería correcto que en la práctica se intentara, alegando la causal antes señalada, la anulación de una decisión cautelar a la que o bien se llegó por un procedimiento distinto al convenido por las partes, o por uno contrario a la ley, toda vez que hay causal específica que contempla estas hipótesis: la dispuesta en el literal d) y, en consecuencia, no habría necesidad de alegar una causal genérica y porque no, imprecisa⁹².

90 HINOJOSA SEGOVIA, R.: "La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales", en *La nueva Ley de arbitraje* (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), ob. cit., p. 348.

91 CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 271-272; MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 240.

92 En este mismo sentido, GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*,

De otra parte, decíamos en el epígrafe anterior que en la doctrina hay quien considera que las infracciones de los principios de igualdad, audiencia y contradicción en el procedimiento arbitral, deberán alegarse por la causal contenida en el literal b) del artículo 41.1 Ley 60/2003⁹³.

A nuestro juicio, no es correcto trasladar tal afirmación al ámbito de la anulación de las decisiones cautelares, si tenemos en cuenta, como dijimos en su momento, que al no existir pautas en la Ley arbitral acerca del procedimiento cautelar, serán los principios antes enunciados los que actuarán como inspiradores de este y, en consecuencia, ante su vulneración cabría alegar la anulación por la causal que la ley trae para el efecto: la dispuesta en el literal d) que ahora estudiamos. Es cierto que infringir tales principios puede ocasionar indefensión, sin embargo, alegar por ello un motivo distinto al anteriormente mencionado, es desconocer la especialidad que en materia de anulación nos proporciona el legislador, lo que a nuestro juicio no resulta conveniente.

5. Acerca del quinto motivo de anulación: que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje

La causal que ahora nos ocupa supone la anulación de los laudos arbitrales, cuando "... los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje"⁹⁴. En virtud del

ob. cit., pp. 56-57, quien lo expone en los siguientes términos: "...parece que la intención principal haya sido dividir por un lado las cuestiones relacionadas con la posibilidad de que las partes "hagan valer sus derechos"... y de otro lado, incluir en el motivo del apartado d) infracciones relacionadas con el procedimiento en sí, bien porque no se hayan ajustado a lo pactado entre las partes o bien porque no se ajusten a lo establecido en la LA". También, HINOJOSA SEGOVIA, R.: "Comentario al artículo 41", en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 531.

93 HINOJOSA SEGOVIA, R.: "La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales", en *La nueva Ley de arbitraje* (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), ob. cit., p. 348.

artículo 41.2 Ley 60/2003 esta causal podrá ser apreciada de oficio por el Tribunal que conozca de la acción de anulación, y también por el Ministerio Fiscal en torno a los intereses que este debe defender.

Si estuviéramos interesados en aplicar tal causal a un laudo arbitral que resuelva la controversia principal⁹⁵ estaríamos obligados a revisar de acuerdo con el tenor literal de la ley, cuáles son aquellas materias que únicamente podrán ser conocidas por la jurisdicción⁹⁶; lo que nos llevaría al artículo 2.1 Ley 60/2003, que sin enlistar las materias ‘arbitrables’, señala en términos genéricos, por la variabilidad propia de la materia, que “...son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”⁹⁷.

5.1. Su aplicación a las decisiones cautelares

Cuando el objeto de la acción de anulación es una decisión cautelar, no es correcto, a nuestro juicio, decir que no es

94 En la normativa colombiana, Decreto 1818/1998, artículo 163.9 se dispone como causal para anular el laudo, así: “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

95 Ver, SAP de Madrid (secc. 9) n.º 498/2010, de 20 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2010/1807); SAP de Cantabria (secc. 2) n.º 45/2010, de 20 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2010/359177).

96 En este punto vale la pena citar a HINOJOSA SEGOVIA, R.: “La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales”, en *La nueva Ley de arbitraje* (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), ob. cit., p. 349, que con ocasión del estudio del motivo que ahora nos ocupa, señala que: “...es necesario recordar que la sometibilidad o “arbitrabilidad” de una materia está en función no del poder de disposición que sobre ésta han de tener las partes, sino de su disponibilidad abstractamente considerada, lo cual debe ponerse en relación con el carácter renunciante o irrenunciante de los derechos”. Este autor ratifica lo anterior en HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coords. DE MARTIN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 546.

97 Para un estudio pormenorizado sobre esta materia, en el ámbito español ver por todos, PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y convenio arbitral: ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Navarra, Aranzadi, 2005. En el ámbito del arbitraje internacional, MISTELIS, A. & BRECOULAKIS, S. L. (eds.), AA. VV.: *Arbitrability international & Comparative perspectives*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009.

arbitrable lo que en esta se resuelve, pues lo que podría ser objeto de tal afirmación es aquello que le da origen, que a su vez será conocido en el laudo arbitral que desata la controversia.

En consecuencia, descartamos la solicitud de la anulación de la decisión cautelar por el carácter no arbitrable de la controversia principal; el interesado en alegar tal situación deberá esperar a que se dicte el laudo que resuelva aquella. Sin embargo, debemos señalar que en la doctrina hay quien sostiene que lo anterior sí es posible y, sin argumentar el porqué, no encuentra óbice a que por esta causal se solicite la anulación de la decisión cautelar⁹⁸.

En un intento por darle aplicación a este motivo, respecto de la decisión cautelar, siguiendo a CUCARELLA GALIANA⁹⁹ podríamos afirmar que cuando los efectos que produce la medida cautelar de la que ahora se pide la anulación, "... se proyectan sobre una materia para la que no es posible el arbitraje...", sería procedente solicitar con fundamento en esta causal, la anulación de aquella.

Está claro que lo anterior sería casi un caso de laboratorio, que no irrealizable. Piénsese, por ejemplo, en un proceso de competencia desleal en el que el demandante cautelar alegue la necesidad de que se suspenda de inmediato la producción de los bienes falsificados, y para ello solicite como medida cautelar, la detención preventiva del productor de los mismos. Está claro que tal medida, por afectar la libertad de las personas, excede completamente el ámbito de competencia de los árbitros, que bien sabemos es de conocimiento exclusivo de los jueces.

Lo exagerado de la anterior hipótesis nos motiva a afirmar que lo más acertado es considerar que esta causal no tiene aplicación en sede de las decisiones cautelares y, en

98 MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 241-242.

99 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 334-335.

consecuencia, descartar su alegato cuando se pretenda la anulación de las mismas¹⁰⁰.

6. Acerca del sexto motivo de anulación: que el laudo es contrario al orden público

El orden público, con sus vertientes procesal y material, es una figura cardinal de todo ordenamiento jurídico de tradición romana, con múltiples aristas y cuestiones que lo hacen un tema amplísimo, digno de una investigación y exposición independiente que en sí mismo desborda el objeto de estudio de esta tesis¹⁰¹. En consecuencia, no pretendemos entrar a analizar las variadas cuestiones que el tema encierra, nos limitaremos a exponer los puntos esenciales del concepto de orden público en sus dos facetas, aquellas que son básicas para examinar los distintos aspectos en torno a su aplicación como motivo de anulación de la decisión cautelar.

En esta labor interpretativa resultan indispensables las decisiones de las AP y del TC, así como también, la interpretación que de las mismas ha hecho la doctrina que ha revisado la materia, toda vez que el orden público, como figura indeterminada¹⁰², lo exige¹⁰³.

100 En este mismo sentido, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 362.

101 Sobre la materia resulta interesante DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. En relación con la actuación de los árbitros cuando en un arbitraje en derecho una de las pretensiones de las partes se funda en una Ley que estos consideran es contraria a la Constitución, ver REMÓN PEÑALVER, J.: "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio, 2007.

102 Ver, SAP de Valencia (secc. 8) n.º 539/2011, de 20 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2012/13753); SAP de Valencia (secc. 9) n.º 72/2010, de 2 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2010/222318), SAP de Madrid (secc. 11) n.º 524/2004, de 29 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2004/226083).

103 Vale la pena señalar que la "...indeterminación semántica..." del concepto de orden público, ha llevado a legislaciones como la ecuatoriana a no contemplar el mismo como una causal de anulación, con el objetivo de "...evitar una indebida incursión judicial en la decisión de los árbitros": PÉREZ LOOSE, H.:

6.1. Significado de orden público

La ausencia de disposición legal en torno al significado de orden público, no es impedimento para conocer qué debe entenderse por tal, debido a que de la interpretación de la ley se puede extraer cuál es la tarea que desempeña aquel y, a partir de allí, concluir lo que debe significar.

De las distintas disposiciones legales españolas que contemplan el orden público, se llega a la conclusión -como lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina- de que aquel tiene por función la de ser un límite impuesto por el ordenamiento a los distintos derechos y libertades por el reconocidos, dependiendo del ámbito en el que se encuentren y, en consecuencia, un "...parámetro de la correcta actuación de la autoridad"¹⁰⁴.

De antaño, se ha entendido que el orden público tiene dos vertientes, una procesal y otra material. El legislador español no hace distinción en la Ley 60/2003 por una u otra, en consecuencia, la jurisprudencia, a nuestro juicio con acierto, ha entendido que ambas están incluidas en el sexto motivo de anulación¹⁰⁵.

Así las cosas, de lo expuesto hasta ahora debe afirmarse que desde el punto de vista procesal, el orden público es el conjunto de todos aquellos principios establecidos por

"Ecuador", en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), ob. cit., pp. 397-398.

104 DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob. cit., p. 92.

105 SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 445/2011, de 16 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/299329); SAP de Madrid (secc. 12) n.º 178/2006, de 22 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2006/353); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 624/2010, de 22 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/18971); SAP de Madrid (secc. 12) n.º 44/2005, de 1 de febrero, B. D.: Westlaw (AC 2005/280); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 460/2004, de 2 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2004/226973); SAP de Asturias (secc. 7) n.º 39/2011, de 4 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2011/127478); SAP de Alicante (secc. 8) n.º 91/2007, de 8 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2007/264918).

el legislador como estandartes del ordenamiento jurídico, pues los mismos son límites a las actuaciones, no solo de la Administración de Justicia, sino también de los particulares. En el régimen español se encuentran reunidos, en términos generales, en el artículo 24 CE¹⁰⁶. Y, desde el punto de vista material, son todos los principios jurídicos, públicos, privados, políticos, morales y económicos, presentes, necesarios y obligatorios para la conservación de toda sociedad¹⁰⁷.

Precisamente, el propio arbitraje, producto de la desconfianza con la que en mayor o menor medida se le ha visto¹⁰⁸, ha estado de antaño sometido al orden público imperante en un momento histórico determinado, por ser esta la manera que han encontrado los Estados para de una u otra forma controlar este sistema no judicial de resolución de controversias¹⁰⁹.

-
- 106 Ver, SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 99/2009, de 12 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2009/323157); SAP de A Coruña (secc. 4) n.º 96/2007, de 22 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2007/228595); SAP de Alicante (secc. 8) n.º 91/2007, de 8 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2007/264918); SAP de Murcia (secc. 4) n.º 274/2005, de 3 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2006/21222); SAP de Albacete (secc. 1) n.º 68/2005, de 10 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2005/100610), SAP de Burgos (secc. 3) n.º 139/2004, de 2 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2004/163016); ATSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1), n.º 127/2011, de 17 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2012/24412).
- 107 Ver, STS (Sala de lo Civil) n.º 4499/1979, 31 de diciembre, SAP de Madrid (secc. 10) n.º 23/2009, de 23 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/181181); SAP de Madrid (secc. 12) n.º 124/2010, de 23 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2010/167262); SAP de Murcia (secc. 4) n.º 89/2006, de 28 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2006/131847), SAP de Madrid (secc. 10) n.º 436/2004, de 15 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2004/1715).
- 108 En este sentido, ver MAGRO SERVET, V.: “Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral en la Ley 60/2003”, en *Diario La Ley*, ob. cit., B. D.: [www.laley.es].
- 109 Sobre la dinámica entre el orden público y el arbitraje, en especial en el ámbito internacional, es interesante el trabajo de: GONZALO QUIROGA, M.: *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, 2003.

Siempre que interese conocer qué se considera orden público en una situación jurídica determinada, tendrán que fijarse cuáles son los principios jurídicos que se supone la irradian¹¹⁰, y cuáles los derechos fundamentales que imperan en ese momento en la sociedad¹¹¹. En todo caso, debe tenerse presente que el contenido del orden público es cambiante y, por tanto, tal figura es en sí misma dinámica. De ahí que la redacción empleada en distintas legislaciones en torno al orden público sea de carácter abierto. A modo de ejemplo nos referimos a lo dispuesto en el Switzerland's Federal Code on Private International Law of 1987, que en su artículo 190.1.e) establece la causal de anulación referente al orden público en los siguientes términos: "If the award is incompatible with Swiss public policy (ordre public)"; y al Japanese Arbitration Law, artículo 44.i.viii) que en torno a la misma causal dispone: "the content of the arbitral award is in conflict with the public policy or good morals of Japan".

En conclusión, la función del orden público como límite de actuación es constante, pero todo aquello que lo configura dependerá del momento histórico determinado que atraviese cada sociedad en la que se pretenda establecer su contenido¹¹².

110 Ver, SAP de Asturias, (secc. 7) n.º 429/2010, de 13 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/17984); SAP de Las Palmas, (secc. 4) n.º 111/2009, de 23 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2009/248636); SAP de Madrid (secc. 14) n.º 114/2009, de 3 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2009/238631); SAP de Madrid (secc. 14) n.º 325/2006, de 30 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2006/192016).

111 SAP de Madrid (secc. 13) n.º 10/2008, de 16 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2008/125502); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 255/2009, de 22 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2009/343454); SAP de Madrid (secc. 10) n.º 194/2009, de 18 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2009/234628); SAP de Barcelona (secc. 15) n.º 429/2008, de 27 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/144828).

112 Así lo ha dicho en repetidas ocasiones la jurisprudencia. Ver por todas, SAP Madrid (secc. 9) n.º 498/2010, de 20 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2010/1807), que a su turno cita varias decisiones judiciales que coinciden sobre la materia.

6.2. Eventos en los cuales una decisión cautelar es contraria al orden público procesal

Para determinar cuando la decisión cautelar es contraria al orden público procesal, es necesario revisar desde la óptica del orden público dos situaciones: 1) El contenido y fundamentación de la decisión cautelar, ya sea adopción o no de las medidas cautelares; y 2) El procedimiento cautelar como tal.

A nuestro juicio, el laudo o en este caso la decisión cautelar arbitral, no solamente podrá considerarse que contraría el orden público cuando su propio contenido viola los límites fijados por este, sino también cuando los pasos que se han seguido hasta conseguir aquella, desconocen el orden público que en tal recorrido debe cumplirse¹¹³.

Si se parte del contenido y fundamentación de la decisión cautelar, tendrá que decirse que es un límite elemental a la actividad arbitral –y, por tanto, es orden público– que todas las decisiones que durante el arbitraje se adopten, sean motivadas¹¹⁴; en consecuencia, cuando una decisión cautelar adopte o niegue las medidas cautelares solicitadas, sin argumentar las razones por las que ha adoptado tal decisión, se entenderá que la misma vulnera el orden público¹¹⁵. También, cuando aunque motivada, en su argumentación

113 Otra es la posición de MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 243, cuando quiera que considera que el orden público se podrá entender vulnerado en la decisión cautelar, solamente por “...las infracciones cometidas en sede del procedimiento de adopción de medidas cautelares”.

114 Sobre esta situación como motivo de la anulación del laudo que pone fin a la controversia principal objeto de arbitraje, cuando se alegue la vulneración del orden público, ver BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1754-1758.

115 Aunque referido a las causales de anulación de los laudos arbitrales en general, en el Convenio CIADI se establece precisamente como una de ellas, artículo 52.1.e): “que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”.

emplee criterios discriminatorios, por ejemplo, la denegación o concesión de las cautelas con fundamento en la raza, religión, etc., del solicitante¹¹⁶.

Además, dado que la adopción de las medidas cautelares está supeditada a que el interesado demuestre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, que actúan como límites a la institución de las medidas cautelares, cuando el árbitro haya adoptado una cautela en una situación donde alguno o ambos presupuestos faltaren, o la negare argumentando la ausencia supuesta de aquellos, tendrá que afirmarse que tales decisiones cautelares vulneran el orden público procesal¹¹⁷.

Continuando con la revisión del orden público que se espera sea respetado en el procedimiento cautelar, una vez más tendremos que referirnos al artículo 24.1 Ley 60/2003. En esta disposición, como tantas veces hemos dicho, están dispuestos los principios básicos y fundamentales del arbitraje en España: igualdad, audiencia y contradicción. A lo largo de toda nuestra tesis hemos argumentado la importancia que durante el proceso arbitral, sin ser la excepción el cautelar que con ocasión del mismo sucede, tales principios se materialicen, lo que trasladado al proceso cautelar supone darle a ambas partes una igualdad de trato, y al demandado cautelar el derecho a manifestar su posición acerca de la medida que su contraparte pretende.

En consecuencia, cuando aquella decisión cautelar sea producto de un proceso en el que el demandado o el tercero que debió serlo, no haya tenido la posibilidad de manifestar su punto de vista en torno a la medida que ahora se le

116 En este último sentido, se ha pronunciado GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., pp. 1014-1015; quien sin embargo considera que la falta de motivación no debe ser encauzada en el motivo ahora estudiado, sino en aquel descrito en el literal d) artículo 41.1 Ley 60/2003.

117 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 335.

impone, tendrá que concluirse que por vulneración de los principios esenciales del proceso la misma es contraria al orden público procesal¹¹⁸.

También, podría ocurrir que como resultado de la corrección de un laudo cautelar, el Tribunal arbitral excediera los objetivos pretendidos por el legislador al instaurar dicha figura (art. 39 Ley 60/2003) y, alegando corrección, modificara el sentido inicial de aquel, bien negando aquella medida inicialmente concedida o, por el contrario, decretando la que en su momento fue negada. Sin dudarlo, esto vulneraría la seguridad jurídica esperable de las decisiones arbitrales y, en consecuencia, atentaría contra los principios procesales sobre los que se debe asentar el arbitraje que, como todo sistema jurídico, se debe guiar entre otros por el principio de inalterabilidad o invariabilidad de la resolución¹¹⁹. En consecuencia, en aquellos casos cabría intentar la anulación de aquel laudo cautelar producto de la corrección inicial, como consecuencia de la vulneración del orden público procesal.

Así las cosas, cuando la decisión cautelar no sea motivada, o cuando al serlo se demuestra que la situación que se alegaba para adoptar las medidas cautelares no reúne los presupuestos básicos para lo mismo o, reuniéndolos no las concede, o durante el proceso cautelar no se respeten los principios contemplados en el artículo 24.1. Ley 60/2003; deberá concluirse que tal decisión cautelar es contraria al orden público y, en consecuencia, podrá procurarse su anulación alegando el motivo f) artículo 41.1 Ley 60/2003.

118 En el mismo sentido, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 362-363; MONTESINOS GARCÍA, A.: *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob. cit., p. 384.

119 Acerca de este motivo como supuesto de la vulneración del orden público de un laudo que pone fin a la controversia principal, ver BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1760.

6.3. Eventos en los cuales una decisión cautelar es contraria al orden público material

El punto de partida para analizar la posibilidad y el alcance de alegar en la acción de anulación la vulneración del orden público material, es conocer e identificar qué se debe entender por tal.

Dijimos anteriormente que el orden público material está compuesto por aquellos principios jurídicos y extrajurídicos existentes en toda sociedad, a los que la misma les ha otorgado la categoría de derechos fundamentales¹²⁰. En consecuencia, para conocer cuál es este orden público en una determinada sociedad, es imperativo revisar cuáles son aquellos derechos que allí se consideran como tales. Lo anterior lleva necesariamente a concluir que el contenido en sí de tal orden público variará en cada ordenamiento jurídico.

Así las cosas, cuando se vaya a alegar la vulneración del orden público material como motivo de anulación, habrá que centrarse en revisar cuáles son los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico que interese, para a partir de allí constatar si los mismos han sido o no contrariados en aquella decisión arbitral que pretende ser anulada.

Precisamente, y al hilo de lo anterior, para intentar el reconocimiento de que un laudo cautelar atenta contra el orden público material, será necesario argumentar que el laudo que niega las cautelas, o la medida cautelar adoptada en la decisión cautelar, transgrede los derechos considerados fundamentales en un ordenamiento jurídico específico.

Si tenemos claridad sobre lo anterior, hay que afirmar que cuando una medida cautelar que se adopte en una decisión arbitral, o el propio laudo que las niegue, vulneren derechos

120 Ver, SAP de Madrid (secc. 25) n.º 582/2010, de 26 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/40338); SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 366/2010, de 12 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2010/400469); SAP de Madrid (secc. 25) n.º 102/2010, de 19 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2010/132963).

reconocidos como fundamentales en aquel ordenamiento jurídico en el que se desarrolla y tiene efectos el proceso, las mismas pueden ser objeto de anulación por vía del motivo de vulneración del orden público.

Siendo que en España los derechos y libertades fundamentales están dispuestos en el Título I de la CE, restringidos por la jurisprudencia a los establecidos en el artículo 53 de la misma Carta¹²¹, estos son los que podrían fundar una acción de anulación basada en el motivo f) del artículo 41.1 Ley 60/2003¹²².

Por ejemplo, piénsese en la medida cautelar de embargo que limita el derecho de propiedad sobre un bien inmueble. En estos casos, al ser aquel derecho de carácter fundamental, reconocido en la CE artículo 33, podría intentar el afectado con tal cautela la anulación del laudo cautelar que la declara, motivando dicha acción en la vulneración que aquel hace al orden público en su vertiente procesal, pues aquel restringe el derecho fundamental a la propiedad.

También, podría suceder que los empleados de una factoría aquejada con una medida cautelar interpuesta con ocasión de un arbitraje, frente al que estos son terceros, que ordena la suspensión de su producción industrial, aleguen la vulneración de su derecho fundamental al trabajo (art. 35 CE)

121 Ver, SAP de Madrid (secc. 21) n.º 496/2010, de 26 de octubre, B. D.: Westlaw (AC 2010/2052); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 181/2010, de 16 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/203721); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 267/2010, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2010/219744); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 526/2010, de 30 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2010/311813); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 364/2009, de 24 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/470751); SAP de Madrid (secc. 11) n.º 89/2009, de 27 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2009/237115); SAP de Madrid (secc. 12) n.º 834/2008, de 25 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/182094); SAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 303/2008, de 1 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/93916); SAP de Madrid (secc. 12) n.º 462/2008, de 17 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2008/293974); SAP de Madrid (secc. 18) n.º 593/2004, de 5 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2004/300166).

122 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1747.

como hecho fundante de la acción de anulación interpuesta contra el laudo arbitral que decretó aquella medida cautelar.

Al mismo tiempo, el demandante cautelar afectado con el laudo que al resolver el proceso cautelar negare las cautelas solicitadas, podría intentar la anulación de aquella decisión, alegando la indefensión producida por la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, al existir otras vías legales para conseguir las medidas cautelares, valdría la pena que previamente a la anulación, el abogado de tal parte probara primero aquellas –por ejemplo, solicitud ante la jurisdicción de las medidas– dado que de la susodicha acción no obtendrá lo pretendido en el proceso cautelar, sino que incluso, difícilmente, tendría opciones de ganar por la dificultad de demostrar el quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva en ese caso concreto.

Si se tiene en cuenta el carácter no recurrible de las decisiones arbitrales, y que los demás motivos de anulación se enfocan en transgresiones de tipo procesal, lo que significa que por regla general las decisiones que dicten los árbitros no serán analizadas por la jurisdicción, resulta relevante que el orden público desde el punto de vista material sea motivo de anulación de los laudos arbitrales, porque será esta la única vía por medio de la cual los jueces podrán conocer el fondo de las decisiones arbitrales¹²³, pues es necesario, a efectos de resolver tal acción, analizar –en nuestro caso– la medida cautelar que se adoptó.

Sin embargo, y como bien ha señalado la jurisprudencia¹²⁴, lo anterior no debe encarnar la idea de que este motivo

123 Sobre las ventajas y desventajas de permitir que bajo la anulación se revise el fondo del laudo, BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; HUNTER, M.: *Redfern and Hunter on international arbitration*, ob. cit., p. 606

124 SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 82/2010, de 29 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2011/13518); SAP de La Coruña (secc. 6) n.º 324/2008, de 15 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2008/367681); SAP de Madrid (secc. 8) n.º 44/2011, de 4

de anulación es la puerta por medio de la cual los jueces pueden, ante cualquier infracción material, remplazar el criterio de los árbitros, para que ello ocurra es necesario que se vulneren, efectivamente, derechos fundamentales. Lo contrario significaría la negación de la configuración del arbitraje como un mecanismo de resolución de controversias de única instancia, que debe rechazarse y evitarse en función del respeto y la garantía, ya no solo del propio arbitraje, sino de todos los que le confían al mismo la resolución de sus disputas sobre derechos transigibles.

6.4. *Su independencia de los demás motivos*

Luego de haber estudiado y analizado en el ámbito de las decisiones cautelares la aplicación de los motivos segundo y sexto de anulación, podemos afirmar que mientras el primero goza de independencia y pareciera ser una especie del segundo, este resulta estar recogido casi completamente por el primero¹²⁵.

Siendo específicos diremos que, mientras el motivo b) artículo 41.1 Ley 60/2003 permite la anulación del laudo cuando alguna de las partes no ha podido hacer valer sus derechos, que no es nada distinto a la vulneración del principio de contradicción que hace parte del orden público, el motivo f) se alegará cuando el laudo vulnera precisamente este.

Así las cosas, y aun cuando en la práctica lo común sea que el interesado en la anulación de la decisión arbitral

de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2011/127212); SAP de Tarragona (secc. 1) n.º 58/2010, de 4 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2010/157703); SAP de Madrid (secc. 14) n.º 456/2008, de 15 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2008/382560).

125 GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: "La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), ob. cit., pp. 257-258; HINOJOSA SEGOVIA, R.: "La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales", en *La nueva Ley de arbitraje* (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), ob. cit., p. 350.

alegue tanto el motivo enlistado en el literal b) como el del literal f)¹²⁶, necesariamente tendremos que preguntarnos si este último, que casi queda completamente incluido en el primero, sí está justificado, o por el contrario, no tiene la entidad necesaria para ser un motivo de anulación independiente, ya que simplemente actúa como “refuerzo” de los demás¹²⁷.

Si tenemos en cuenta, como vimos en su momento, que el orden público es un conjunto de los principios, procesales o no, necesarios para el mantenimiento de una sociedad, que actúa como un límite necesario de los derechos y libertades, que es una figura histórica debido a que día a día se está construyendo, y en consecuencia, indeterminada; es totalmente lógico, desde nuestro punto de vista, que una causal en los términos del literal f) debe hacer parte del catálogo legal arbitral, en la que si bien en ella podrán confluir otras causales distintas, la misma se constituye como la causal de anulación esencial, toda vez que siempre que el laudo vulnere los límites impuestos, podrá recurrirse a esta¹²⁸.

126 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1749.

127 Así lo ha percibido la doctrina, que para evitar este tratamiento propone que tal causal se emplee de forma excepcional, ver CLAROS ALEGRÍA, P.: “Arbitraje la acción de anulación del laudo arbitral”, en *Economist & Jurist*, vol. 16, n.º 122, 2008, p. 75 (ya lo decía en “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R.), Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004, p. 236). Son clarificadoras las palabras de GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ob. cit., p. 107, cuando señala la potencialidad actual de que esta causal se convierta en un “cajón de sastre”. También hay quien como NIEVA FENOLL, J.: “Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral”, en *Jurisdicción y Proceso*, ob. cit., p. 950 propone, con el fin de no forzar la causal de orden público, la estipulación de una nueva causal en los siguientes términos: “g) Que el laudo sea frontalmente contrario a normas del ordenamiento jurídico”.

128 En todo caso, hay quienes sostienen una opinión contraria. Autores como GASPARD LERA, S.; SAMANES ARA, C.: “La anulación del laudo en la Ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje”, en *Revista del Poder Judicial*, n.º 75, Tercer trimestre, Consejo General del Poder General, 2004 señalan, a nuestro juicio,

Así las cosas, y ya que los árbitros deben actuar dentro de los parámetros pergeñados por la ley, siempre que estos se vulneren y se manifiesten en las decisiones de aquellos, para el mantenimiento del sistema será necesario que exista una herramienta que permita remediar tal situación¹²⁹. Y es precisamente la causal de anulación descrita en el literal f): que “el laudo sea contrario al orden público”, aquella que permitirá recomponer el equilibrio perdido cuando se vulneran por los árbitros los límites legales establecidos.

VI. PROCEDIMIENTO

La Ley 60/2003 dispone en su artículo 42.1: “La acción de anulación se sustanciará por los causes del juicio verbal...”¹³⁰, y señala al mismo tiempo algunas reglas particulares de procedimiento que se supone deberán ser utilizadas por el juez competente al momento de resolver tal acción.

Al ser el régimen general de anulación del laudo principal el aplicable al laudo cautelar siempre que este sea el que se intenta anular, conviene analizar las cuestiones procedimentales que resultan problemáticas cuando se pretende la anulación de una decisión cautelar, para finalmente responder si está justificada o no la decisión del legislador de

sin argumentos contundentes, qué “...el legislador podía haber prescindido de la inclusión de dicho motivo como fundamento específico de la acción de anulación del laudo...” por, supuestamente, estar definido en los demás motivos de anulación. En el mismo sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: “Régimen del laudo arbitral. Su anulación y ejecución”, en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011* (dir. DAMIÁN MORENO, J.), AA. VV., ob. cit., pp. 149-150 que propone la supresión del orden público como motivo de anulación para el arbitraje interno.

129 Ver, SAP de Madrid (secc. 10), n.º 23/2009, de 23 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2009/181181).

130 Por su parte, el legislador colombiano a efectos de la anulación del laudo que resuelve la controversia final, no remite a ningún proceso de los establecidos en las normas procesales generales, sino que, en el mismo Decreto 1818/1998, dispone una serie de normas no remisorias que dan lugar a un procedimiento de anulación.

fijar como cause de la acción de anulación, el juicio verbal regulado en la LEC 1/2000.

1. Demanda de anulación

Decíamos *supra* que la Ley de arbitraje remite al juicio verbal de la LEC 1/2000 para resolver la acción de anulación; sin embargo, también manifestamos que al mismo tiempo en la Ley 60/2003 se disponen distintas cuestiones procedimentales que, aunque especiales se alejan de tal tipo de juicio.

Uno de aquellos aspectos es precisamente la demanda, cuyo contenido y presentación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 42.1.a) de la Ley de arbitraje, habrá que hacerse conforme al precepto 399 de la Ley procesal general, que a su vez regula la cuestión en el ámbito del juicio ordinario. Por disposición expresa del legislador arbitral, tal demanda deberá ir acompañada “...de los documentos justificativos de su pretensión, del convenio arbitral y del laudo...”¹³¹.

Trasladar lo anterior al ámbito de la anulación de la decisión cautelar, supondrá que la demanda de anulación seguirá lo dispuesto por el artículo 399 LEC 1/2000 y, además, se acompañará de los documentos justificativos de su pretensión, del acuerdo arbitral y de la decisión cautelar¹³².

131 Una regulación completamente distinta impone el legislador colombiano, cuando quiera que con la demanda de anulación no se le exige al ‘impugnante’ que presente algún tipo de documento, o la fundamentación de la misma. Esto último deberá ocurrir en el plazo de cinco días que da el juez competente en el auto en el que ‘avoca conocimiento’, del que paralelamente también da traslado a la demandada, para que ella a su turno presente durante el mismo sus alegatos (art. 164 Decreto 1818/1998).

132 Recordemos que, a nuestro juicio, si se intenta la anulación de la decisión cautelar con fundamento en el primer motivo del artículo 41.1, no es procedente alegar la inexistencia o invalidez del convenio arbitral sino del acuerdo cautelar. Sin embargo, si lo que se pretende sea anulado por este motivo es el laudo que resuelve la controversia final, no queremos dejar pasar la oportunidad para señalar que tendrá que aceptarse la no presentación del convenio arbitral con la demanda, toda vez que precisamente la anulación pretendida se funda en la inexistencia del mismo y, por tanto,

1.1. Plazo para interponer la demanda de anulación

La Ley Modelo CNUDMI establece en su artículo 34.3 el plazo de tres meses para solicitar la anulación del laudo, los cuales se deberán contar a partir “...de la fecha de recepción...” de aquel, o de aquella que conforme al artículo 33 de la misma ley, consta en el documento en el que se ha resuelto la solicitud de corrección e interpretación de la decisión arbitral¹³³.

El legislador español, se aleja del término antes propuesto y, como a su turno han hecho varias legislaciones latinoamericanas¹³⁴, establece en el artículo 41.4 Ley 60/2003 que los interesados en demandar la anulación de la decisión arbitral tendrán que acudir ante la jurisdicción dentro de los dos meses siguientes a la notificación de aquella¹³⁵, o de la que

resulta imposible la presentación de aquel. Sobre esto ver YAÑEZ VELASCO, R.: *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*, ob. cit., p. 914.

133 En el mismo sentido distintas legislaciones extranjeras; a modo de ejemplo nos referimos al Japanese Arbitration Law, artículo 44.2; Canadian Commercial Arbitration Act, artículo 34; Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile n.º 19.971 de 2004, artículo 34.3.

134 No es el único legislador que ha tomado, al respecto, distancia de la Ley Modelo. Sin ánimo de exhaustividad podemos citar la Ley de Arbitraje y Mediación de Paraguay n.º 1.879/02, que en su artículo 41 fija un término de quince días para “interponer el recurso de anulación”. Establece el mismo término la Ley de Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales de Costa Rica n.º 7727 de 1997, artículo 65, y la Ley 540/2005 de Nicaragua, artículo 61. En la misma línea, La Ley de Arbitraje Peruana (Decreto Legislativo n.º 1071), que en su artículo 64.1 establece un término de veinte días. Un término menor se encuentra en la legislación cubana, Decreto 241/2006, artículo 825, que señala que la acción de anulación tendrá que establecerse dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo; idéntico término ha establecido la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, artículo 31. Por su parte, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, establece un término de siete días (art. 67), al igual que lo hace la legislación hondureña en el artículo 73 Decreto 161/2000. Sin embargo, no es este el término más corto establecido en las legislaciones, se encuentra incluso uno inferior; es el caso de la legislación venezolana y colombiana, que establecen el término de cinco días para interponer el mal llamado allí, recurso de anulación. En Venezuela, Ley de Arbitraje Comercial, artículo 43; en Colombia, Decreto 1818/1998, artículo 161.

135 Las reglas aplicables a las notificaciones serán las dispuestas en el artículo 5 de la Ley 60/2003.

resuelva la corrección, aclaración o complemento del laudo, o desde la expiración del plazo para adoptar cualquiera de las tres anteriores¹³⁶.

También, como punto de partida para contabilizar el término ahora estudiado, deberá incluirse la decisión que resuelva la extralimitación del laudo. De la interpretación sistemática de la ley así se concluye, aun cuando la decisión no esté contemplada en el artículo antes referido, pues desde la modificación de la Ley de arbitraje esta hace parte del artículo 39 Ley 11/2011, que a su turno contiene la corrección, aclaración y complemento del laudo que sí están contemplados por el artículo 41.4 Ley 60/2003.

Así las cosas, quién bajo la Ley arbitral española aspire solicitar la anulación de una decisión cautelar, de acuerdo con los criterios mencionados tendrá un plazo de dos meses para presentar la correspondiente demanda.

Es la oportunidad para manifestar que cuando de este tipo de decisiones se trata, tal término nos resulta exagerado¹³⁷, toda vez que el mismo ignora completamente la característica propia de las medidas cautelares: la inmediatez, que se espera acompañe en todo momento a la tutela cautelar. En consecuencia, consideramos que hubiera sido conveniente y viable, que el legislador estableciera en el propio artículo 23 Ley 60/2003, un apartado en el que dispusiera un término inferior al señalado para la acción de anulación del laudo

136 Aun cuando no pueda decirse que en esta materia la legislación colombiana se alejó de la Ley Modelo, debido a que no está inspirada en la misma, sí es cierto que el término que establece para interponer la acción de anulación es distinto al fijado en la normativa española: tan solo de cinco días, artículo 161 Decreto 1818/1998.

137 Autores como HINOJOSA SEGOVIA, R.: "El control del laudo: acciones de anulación y de revisión", en *Curso de derecho arbitral*, ob. cit., p. 218 (ya lo decía, entre otros, en "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coords. DE MARTIN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 555-556), consideran que este término es demasiado largo, incluso cuando lo que se pretende anular es el laudo que resuelve la controversia principal.

que resuelve la controversia principal que, a nuestro juicio, podría oscilar entre diez y quince días, tiempo que juzgamos suficiente para que los interesados en interponer la acción de anulación, se enteraran del laudo cautelar y prepararan la susodicha demanda¹³⁸.

Dado que el plazo que otorga la ley resulta realmente provechoso para los abogados de aquellos que quieran intentar la anulación del laudo cautelar, toda vez que se supone que lo emplearán para elaborar una acción de anulación que les permita ganar en aquel proceso, en el fondo lo que existe es la necesidad material de una buena formación profesional que transmita al futuro abogado su papel primordial en la tutela judicial efectiva, que en el caso del arbitraje se traduce en celeridad al actuar, no solamente de los árbitros, también de los abogados que defienden los intereses de todos aquellos que se vean afectados de una forma u otra con decisiones tomadas al interior de un arbitraje, como lo son en el caso que nos ocupa, los laudos cautelares.

1.2. *Inadmisión de la demanda*

El legislador guarda silencio acerca de los motivos que llevarían al juez a inadmitir la demanda de nulidad del laudo¹³⁹, lo que a nuestro juicio no podría significar la obligación de los jueces de aceptar siempre las demandas de anulación de los laudos-decisiones arbitrales. Por el contrario, varias son las posibilidades que nos planteamos al respecto.

138 Precisamente, la anterior Ley de arbitraje española, Ley 36/1988, disponía en su artículo 46.2 un plazo de 10 días para iniciar la acción de anulación. Ver CADARSO PALAU, J.: "Comentario al artículo 41", en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coord. GONZÁLEZ SORIA, J.), ob. cit., pp. 595-596.

139 Cosa distinta sucede en el ámbito del derecho colombiano, donde el parágrafo del artículo 164 Decreto 1818/1998 establece que: "Si no sustenta el recurso el Tribunal lo declarará desierto", lo que significa la inadmisión de la demanda de anulación.

Hay autores en la doctrina que afirman, a nuestro juicio de forma errónea, que teniendo en cuenta que la norma sobre la demanda de anulación que en este proceso debe seguirse es la propia del juicio ordinario, también habría que aplicar en el ámbito de la anulación de la decisión arbitral, lo que sobre inadmisión se establece para aquel, es decir el artículo 403 LEC 1/2000¹⁴⁰.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que la Ley 60/2003 señala de forma expresa que la acción de anulación seguirá lo fijado para el juicio verbal y, siendo que remite al juicio ordinario exclusivamente en lo que al artículo 399 de la Ley procesal general se refiere, consideramos que sería un error ampliar tal remisión argumentando que todas aquellas cuestiones que de aquella norma se deriven, deberán también aplicarse al ámbito de la anulación de la decisión arbitral, en este caso concreto, del laudo cautelar.

Si se descarta entonces emplear la norma que sobre inadmisión contiene el juicio ordinario, cabe plantearse la aplicación de lo que sobre esta materia se contempla en la LEC 1/2000 para los juicios verbales (art. 439), procedimiento al que el propio legislador español, en términos generales, ha remitido.

La norma mencionada cuenta con cinco numerales, en los cuatro primeros se establecen motivos de anulación para unos procesos con pretensiones determinadas, sin que sea la anulación del laudo parcial una de ellas y, en consecuencia, sea inviable ubicar la misma en aquellos. Por su parte, el numeral quinto, redactado de una forma genérica, estipula la inadmisión de las demandas del juicio verbal "...cuando no se cumplan los requisitos de admisibilidad, que, para casos especiales, puedan establecer las leyes". Y, es precisamente

140 A favor de la aplicación en conjunto de las normas del juicio ordinario, SEGOVIANO ASTABURURAGA, M. L.: "Comentario al artículo 42", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., pp. 677-678.

tal generalidad, la que nos obliga a preguntarnos sobre la posibilidad de encauzar en este motivo la inadmisión de las demandas de anulación de la decisión cautelar, así como razonar en qué casos aquello podría materializarse.

Al inicio de este epígrafe hicimos referencia a la exigencia que se hace en la Ley 60/2003, acerca de la presentación con la demanda de anulación de los documentos que acrediten la pretensión, el convenio arbitral y el laudo; en nuestro caso, estos últimos serán el convenio y la decisión cautelar. Es cierto que el legislador no ha dicho que pasará de no adjuntarse tales documentos, sin embargo, a nuestro juicio, teniendo en cuenta el envío al juicio verbal que se ha hecho en el artículo 42.1.a) Ley 60/2003, y la norma genérica que plantea el artículo 439.5 LEC 1/2000 a las que nos hemos referido, deberá concluirse que la no presentación de los mismos exigidos expresamente por el legislador arbitral, acarrearán la inadmisión de la demanda de anulación¹⁴¹, salvo cuando el documento no presentado sea el convenio cautelar, y se esté solicitando la anulación de la decisión arbitral por la inexistencia del mismo (art. 41.1.a).

Así las cosas, cuando el interesado en la anulación de la decisión cautelar no adjunte con su demanda los documentos con los que vaya a justificar su pretensión, así como aquellos que demuestren la existencia del convenio cautelar junto con el laudo que se solicita sea anulado, el juez competente, con fundamento en las normas antes mencionadas, tendrá que inadmitir la misma sin que quepa la posibilidad de subsanar tales ausencias¹⁴² (toda vez que así lo dispone el art. 269

141 En este mismo sentido, CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 222; MARTÍN BRAÑAS, C.: "La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental", en *Foro Nueva época*, n.º 3, 2006, pp. 140-141.

142 Una opinión distinta sostiene GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: "La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.),

LEC 1/2000 cuando se trate de documentos de carácter material). A nuestro juicio, es totalmente lógico que así se dé, teniendo en cuenta que se podría estar permitiendo la puesta en marcha del aparato jurisdiccional del Estado, en casos en los que no existiera ni la decisión cautelar objeto de la acción de anulación, o ni siquiera el arbitraje en el que supuestamente se ha dictado la misma.

Además, debe tenerse en cuenta que en virtud de los principios de audiencia y contradicción, y del derecho de defensa, se le debe dar traslado a la parte contraria, quién se supone que, a efectos de encauzar su defensa, necesita conocer aquello que se intenta anular, lo que por supuesto solo se conseguirá si se le da traslado de la demanda y del objeto que la motiva, es decir: la decisión arbitral.

En todo caso, y como adelantamos en su momento, la exigencia anterior podría limitar la posibilidad que terceros interesados en la anulación de la medida accedan a solicitarla, pues, al no haber sido parte del proceso arbitral precedente, tendrían obvias dificultades de aportar, sobre todo, el convenio y la decisión arbitral¹⁴³. Cabría pensar que la solución para tal escollo sería la diligencia previa de exhibición de documentos; sin embargo, en el artículo 256.1 LEC 1/2000, que establece un listado taxativo de los tipos de tales diligencias, no se incluye la de la exhibición del convenio arbitral y laudo, por tanto, y pese a la importancia de los mismos para una futura demanda de anulación, no sería esta la vía para obtenerlos¹⁴⁴.

Así las cosas, deberá entonces inadmitirse la acción de anulación pues, alegándose la causal a) art. 41.1 Ley 60/2003,

ob. cit., p. 270; la que reitera en GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ob. cit., p. 133.

143 En el mismo sentido, GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ob. cit., p. 126.

144 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1463.

no se presentarán los documentos que justificarán lo pretendido, el convenio en el que se le niega la potestad a los árbitros de adoptar medidas cautelares –salvo que no existiere–, ni tampoco la decisión cautelar. Y cuando, alegándose cualquier otro motivo de los enlistados en tal artículo, no se adjuntaran con la demanda de anulación los documentos que dan base a su pretensión, el convenio arbitral y el laudo objeto de aquella.

2. Contestación de la demanda de anulación

Hemos dicho anteriormente que el artículo 42.1 Ley 60/2003 manda categóricamente que la acción de anulación se sustancie por los cauces del juicio verbal, pero que, al mismo tiempo, señala distintas reglas de carácter especial que se alejan diametralmente de este. Una de aquellas cuestiones para la que el legislador español establece disposiciones particulares es la referida a la contestación de la demanda de anulación de la decisión arbitral.

2.1. Forma de la contestación

De lo expuesto en el artículo 42.1.b) Ley 60/2003 se concluye fácilmente que el querer del legislador ha sido que, a diferencia de lo que sucede en el juicio verbal, en el que el demandado contesta en la vista la demanda de forma oral, la contestación de la demanda de anulación de la decisión arbitral se realice de manera escrita.

Nada distinto podría afirmarse si se tiene en consideración el artículo mencionado, que preceptúa: “...el Secretario Judicial dará traslado de la demanda al demandado, para que conteste en el plazo de 20 días...”¹⁴⁵, y que con la contestación el demandado deberá presentar “...los documentos

145 Esta redacción, ahora recogida por la Ley 11/2011, es fruto del artículo 18

justificativos de su oposición...” y “...proponer los medios de prueba de que intente valerse...”.

Así las cosas, al determinarse legalmente que la contestación de la demanda de anulación de una decisión arbitral se hará de forma escrita, se comprueba la afirmación con la que iniciábamos este epígrafe: el legislador español, aunque dispuso que la anulación del laudo se surtiría por los trámites del juicio verbal, a su vez instituyó reglas particulares de procedimiento que distan totalmente de aquel tipo de proceso, siendo precisamente una de estas, la relativa a la contestación, debido a que mientras para el arbitraje se estableció que la misma sea escrita, en el verbal es oral.

En todo caso, la elección del legislador de que la contestación, al igual que la demanda de anulación, se realice por escrito, es producto de su buen criterio en torno a la necesidad de garantizar el principio de igualdad que se vería disminuido si se contemplaran distintas formas de presentación para la demanda y la contestación¹⁴⁶.

2.2. *Contenido de la contestación*

La Ley 60/2003 solamente menciona en torno al contenido de la contestación, que el demandado deberá adjuntar a ella los medios de prueba que pretenda utilizar, así como manifestar –si es que la tuviera– su intención de que se efectúe la vista (art. 42.1.b).

Tal condicionante de la celebración de la vista a la voluntad exteriorizada de las partes, dispuesta por el legislador en la Ley 11/2011, nos parece conveniente sobre todo cuando lo que se intenta anular es la resolución cautelar, toda vez que, como ya hemos dicho en repetidas ocasiones, la inmediatez

Ley 13/2009, que dispuso expresamente que serían los secretarios judiciales los encargados de dar traslado de la demanda.

146 SEGOVIANO ASTABURURAGA, M. L.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 678.

que caracteriza a las medidas cautelares es un elemento que debe estar presente durante todo su proceso de anulación y, por tanto, las posibilidades que potencien la limitación de su duración, como es, por ejemplo, que no tenga que realizarse en esta vista, repercutirá favorablemente en el objetivo de la tutela cautelar.

Con el ánimo de indagar aun más en los distintos elementos que deben conformar la contestación de la demanda, recurrimos primero, intentando dar aplicación a lo mandado por el legislador, a la revisión de lo que se supone se contesta de forma oral en un juicio verbal según la LEC 1/2000 (art. 443), para determinar si es posible trasladarlo a sede arbitral.

Dado que en la Ley procesal general solo se señala que en la vista, dónde se supone se contesta la demanda, el demandado únicamente expresará sus alegatos, concluimos que resulta insuficiente establecer por tal norma el contenido de la contestación de la demanda de anulación de la decisión arbitral.

Así las cosas, sin poder trasladar lo dispuesto para el juicio verbal, tendrá que afirmarse entonces que el demandado en una acción de anulación de la decisión cautelar será libre y autónomo de dirigir su contestación como bien quiera, eso sí, teniendo en cuenta que si pretende solicitarle al juez la práctica de pruebas en el proceso, deberá alegar en la contestación los medios de prueba convenientes y que, si le interesa la realización de la vista, deberá también en ella solicitarla, toda vez que así lo ordena la propia Ley 60/2003, artículo 42.1.b).

De cualquier forma, consideramos que siempre podrá el demandado seguir el artículo 405 LEC 1/2000 como pauta al momento de contestar, que es aquel dónde se estipula la forma de contestación en los juicios ordinarios¹⁴⁷. En todo

147 SEGOVIANO ASTABURURAGA, M. L.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 678.

caso, a nuestro juicio, lo anterior es optativo¹⁴⁸. No debe ser de recibo que el juez le exija al demandado realizar la contestación conforme a tales normas, toda vez que el legislador no lo ha dispuesto; al contrario, solo ha ordenado, de forma imperativa, seguir el juicio ordinario en lo que manda el artículo 399 del mismo catálogo de normas antes referido.

2.3. *Término para contestar*

El legislador español se vio en la necesidad de establecer un término en el que deberá contestarse la demanda de anulación, al tener en cuenta que en aquel al que remite, el juicio verbal, la demanda se surte en la vista de forma oral. Así, fijó un plazo de veinte días¹⁴⁹, que tendrán que computarse conforme el artículo 133 LEC 1/2000. Es lo que los autores han venido denominando como plazo de “cortesía”.

Trasladar lo anterior al ámbito de la anulación de las decisiones cautelares, a nuestro juicio, resulta cuando menos exagerado. Para fundamentar la anterior afirmación partimos de lo siguiente: 1) Las medidas cautelares se predicen

148 En otro sentido, GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), ob. cit., p. 272 quién apuesta por una interpretación analógica y, en consecuencia, propone ajustar la contestación a “...los presupuestos contenidos en el art. 405 LEC para la contestación a la demanda en el juicio ordinario civil”. En la misma línea, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1119 e, HINOJOSA SEGOVIA, R.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (coords. DE MARTIN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 561-562. También, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 232 quien alienta seguir tal artículo, sin hacer ninguna referencia al carácter opcional del mismo. CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 224, también apoya en todo lo que tenga que ver con la contestación, la aplicación analógica de las normas del juicio ordinario.

149 De acuerdo con el artículo 164 Decreto 1818/1998, el término para contestar ‘el recurso de anulación’ en el ‘arbitramento’ en Colombia, es solamente de cinco días.

inmediatas y, por tanto, se espera –cómo lo dijimos en su momento– que su adopción se realice en un corto lapso de tiempo, para así poder comenzar a disfrutarlas tan pronto como sea posible; 2) Una vez se ejecuta la medida cautelar, la misma se convierte en una carga para aquel que debe soportarla.

De las dos cuestiones anteriores salta a la vista que el factor tiempo es un elemento cardinal cuando se habla de medidas cautelares, tanto para quienes las solicitan, porque se suponen tienen urgencia en conseguirlas¹⁵⁰, como para los que las sufren, porque la magnitud de los perjuicios que les ocasionarán, penderán del tiempo que deban ‘llevarlas a cuesta’.

Sin embargo, si con la anulación solo se puede conseguir la declaratoria de ineficacia del laudo cautelar, y nunca la medida cautelar que previamente fue denegada por los árbitros, no puede afirmarse que cuando el demandante cautelar procure la anulación de la decisión cautelar sea porque mantenga la misma premura que en un principio tenía de la medida cautelar; si así fuera, antes habría acudido a otras vías legales para alcanzar tal objetivo. Por el contrario, cuando el hipotético beneficiado de la anulación cautelar sea aquel que se ha visto afectado con la medida, su interés sí será liberarse de aquella tan pronto como le sea posible. Así, la inmediatez con la que se espera sea resuelta la acción de anulación va a depender de los efectos que produzca la sentencia que la desate que, a su vez, obedecerán al contenido del laudo cautelar que se demanda.

Aun así, debemos decir que, a nuestro juicio, es desafortunado trasladar al ámbito de la anulación de las decisiones cautelares, específicamente para contestar la demanda de anulación, el plazo de los veinte días que se establece en el

150 En este sentido, FINIZIO, S. P.; SPELLER, D.: *A practical guide to international commercial arbitration: assessment, planning and strategy*, Thomson Reuters, 2010, p. 223.

artículo 42.1.b) Ley 60/2003, por su extensión en demasía e ir en contra de la necesidad que se tiene, siempre que se esté intentando la anulación de un laudo que impone una cautela, de que tal acción se decida con la mayor premura posible.

Se produce, a nuestro parecer, una contradicción en la legislación española dado que, aunque en un principio remite al juicio verbal por pretender un proceso breve de anulación, luego incorpora plazos que van a ralentizarlo.

Diremos entonces que mientras el contenido de la contestación de la demanda de anulación del laudo cautelar es determinado por cada parte, al ser únicamente obligatorio que se incluya en esta los medios de prueba que se pretendan hacer valer, y la intención, si la hubiere, de que se celebre la vista, sí es imperativo el plazo de veinte días con el que cuenta el demandado, a pesar de lo desafortunado y casi absurdo que resulta el mismo en función de la dinámica propia de las medidas cautelares.

2.4. Traslado de la contestación

El artículo 42.1.b) Ley 60/2003 dispone que del escrito de contestación de la demanda y de los documentos que le acompañan, se dará traslado al actor de la acción de anulación, con el fin de que este "...pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba..."¹⁵¹, lo cual viene a reforzar el principio de contradicción que impera en este proceso¹⁵².

Guarda silencio el legislador en torno a quién y cómo debe surtir aquel traslado y, a su turno, el momento en el que el demandante tendrá que allegar aquello que conforme a lo anterior, considere conveniente.

151 Esta disposición fue incorporada a la Ley 60/2003 por la Ley 11/2011.

152 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 42", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1804.

No encontramos ninguna disposición en la LEC 1/2000 que nos sirva de modelo a imitar para llenar las lagunas anteriormente expuestas. Habrá que analizar la cuestión teniendo como faro la celeridad de la tutela cautelar, que está en juego cuando de anulación del laudo cautelar se trate.

Respecto a quien incumbe efectuar el traslado comentado, hay que partir por afirmar que, por el propio artículo 42 referido, el secretario judicial es el encargado de enviar la demanda al demandado y a ambas partes la citación a la vista; en consecuencia, juzgamos que también a él corresponderá trasladar al demandante la contestación y sus documentos anexos.

De otra parte, acerca del momento en el que deberá realizarse tal comunicación a las partes, a nuestro juicio, conviene que se efectúe de forma paralela a la convocatoria a la vista, que según el artículo 42.1.b) será, bien una vez se haya contestado la demanda, o bien, vencido el plazo de veinte días para presentar aquella.

Finalmente, consideramos que el demandante podrá presentar la prueba documental o proponer la práctica de pruebas en dos momentos distintos: en la propia vista o incluso antes de esta.

Sin embargo, al no existir alguna disposición legal que determine los términos anteriormente señalados, habrá que esperar cuál es el criterio del juez ordinario al momento de conocer de la anulación, que -entendemos- debiera ser aquel que favorezca la institución de las medidas cautelares que en ese caso estará en juego, o lo que es lo mismo, plantear un procedimiento en términos de efectiva celeridad procesal¹⁵³.

153 En sentido contrario, DE ALFONSO, J. M.: "Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales", en *Revista Jurídica de Catalunya*, ob. cit., p. 36, que se inclina por otorgarle al demandante un término idéntico al que se le concede legalmente al demandado para que efectúe la contestación, este es, de 20 días. Lo hace con fundamento en el principio de igualdad.

3. La vista

En el artículo 42.1.c) Ley 60/2003 el legislador estableció que, una vez contestada la demanda o transcurrido el plazo de veinte días para presentarla, el secretario judicial citará a las partes a la vista¹⁵⁴, siempre y cuando así se lo hubieren solicitado “...en sus escritos de demanda y contestación...”¹⁵⁵.

A nuestro juicio, no se contempla expresamente en la Ley de arbitraje como condicionante para la citación de la vista, que el interés de las partes en su celebración deba ser de consuno¹⁵⁶. Una interpretación en sentido distinto convertiría a aquella en una figura meramente teórica, que no llegaría a materializarse, dado lo extraño que resultaría que ambas partes tuvieran interés en que la misma fuera llevada a cabo.

La redacción actual del artículo 42 Ley 60/2003 reúne todos los elementos necesarios para que la celebración de la vista suponga una verdadera puesta en común, gobernada por la contradicción e igualdad de trato de las partes. Por un lado, en ella el demandado verá como se practican las pruebas que previamente solicitó en la contestación a la demanda y, a su vez, el demandante propondrá la práctica de pruebas que considere le resulta más conveniente, luego de conocer previamente, como lo indicamos en un epígrafe anterior, la contestación a la demanda.

154 Buscando la precisión y teniendo en cuenta que no se determinaba en el artículo original 42.1 Ley 60/2003 quién era el competente para realizar tal citación, la Ley 11/2011 ahora recoge lo que a su turno dispuso el artículo 18 Ley 13/2009, de 3 de noviembre, “de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial” al modificar aquella norma, para especificar que es el Secretario Judicial el que realizará la misma.

155 Completamente diferente a lo que el Decreto 1818/1998 plantea, cuando quiera que allí no se estipula la realización de una vista sino el simple traslado del expediente al despacho del juez competente, para que en el término de tres meses este dicte sentencia.

156 En sentido contrario, BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1806-1807.

Decíamos que el legislador expresamente señala que la vista se celebrará si así lo pidieran las partes. Sin embargo, también se contemplan en la ley dos eventos que de suceder darían lugar a la omisión de aquella, incluso al existir voluntad de alguna de las partes en su realización¹⁵⁷.

El primero se refiere a los casos en los que la única prueba propuesta haya sido la documental, cuando se aportaran los documentos sin que –entendamos que– antes del vencimiento del término para citar a la vista, los mismos fueran impugnados. El porqué se exceptúa en tales casos la celebración de la vista se encuentra en el cómo se analizan los documentos cuando son medios de prueba, y qué se requiere para el efecto. Como los documentos le ‘hablan directamente al juez’, no se necesita la puesta en común o el debate sobre lo que dicen los mismos en una audiencia, basta el análisis que el juez realice en la intimidad de su despacho sobre los mismos para que los documentos presentados como medios de prueba se conviertan en prueba.

El segundo evento, en el que se exceptúa la celebración de la vista, se ubica en aquella acción de anulación en la que la prueba propuesta consiste en un informe pericial, que, al no requerir ratificación, tampoco va a necesitar, por disposición legal, celebración de la vista.

De cara al proceso cautelar que nos ocupa, juzgamos conveniente los condicionantes expuestos arriba para la realización de la vista, al tener en cuenta que, en cierta medida, la celeridad que interesa al arbitraje y al proceso de anulación resulta protegida con normas como las anteriores, que precisamente evitan o por lo menos restringen

157 En contra de este criterio legal, y a favor de una vista “preceptiva”, DE ALFONSO, J. M.: “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, ob. cit., p. 36. De la misma línea, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: “Régimen del laudo arbitral. Su anulación y ejecución”, en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2011* (dir. DAMIÁN MORENO, J.), AA. VV., ob. cit., pp. 156-158, a quien le “parece excesivo el empeño por desprenderse del acto de la vista”.

a los eventos verdaderamente necesarios, las actuaciones que extienden en demasía al proceso.

Al analizarse con detenimiento el artículo 42.1 Ley 60/2003, se concluye que lo que realmente quiso el legislador fue conseguir que la acción de anulación de los laudos arbitrales fuese lo más ágil posible. No es adecuado señalar que, lo que se intentó con ello es asemejar la acción de anulación al proceso verbal al cuál se dice querer imitar al inicio de aquel artículo. Lo que en el fondo se persigue es que aunque se requiera la intervención judicial no se ralentice el arbitraje, sino por el contrario mantenga la velocidad que lo caracteriza.

3.1. Contenido de la citación a la vista

Podrá considerarse que carece de relevancia preguntarse cuál es el contenido de la citación a la vista. Sin embargo, si se tiene en cuenta que esta informa de la ejecución de la susodicha audiencia, lo deseable es que allí también se determine o, por lo menos, se vislumbre lo que tal ‘reunión’ va a suponer. Al mismo tiempo, convendría que se encontrara en aquel documento la justificación de la vista, que en un proceso que se espera ágil supone un incremento en su duración.

Conocedores de que el propio legislador arbitral, como hemos dicho anteriormente en repetidas ocasiones, remitió al juicio verbal –salvo una excepción referida a la contestación y algunas cuantas reglas particulares–, revisamos lo dispuesto para al efecto en la LEC 1/2000, y encontramos que en su artículo 440 se establecen distintas cuestiones en torno a la interpretación y consecuencias de la inasistencia a la vista, que deberán incluirse en la citación que a esta se haga en el juicio verbal, y que ahora consideramos también deberán ser aplicadas cuando lo que se intente sea la anulación del laudo arbitral¹⁵⁸.

158 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*

Así las cosas, a nuestro juicio, en el documento en el que se cita a la vista deberán señalarse, además de los datos obvios como son la identificación de las partes y la fecha y hora de la vista, el objetivo y fundamentación de la misma, así como las consecuencias de la inasistencia a dicho acto judicial.

4. La sentencia

La Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se hubiera dictado el laudo, órgano competente para resolver las acciones de anulación contra las decisiones arbitrales (art. 8.5 Ley 60/2003), podrá adoptar de forma excluyente, en relación con lo allí pretendido, dos tipos de resoluciones: la estimación o la desestimación de la solicitud de anulación, ninguna con opción de ser impugnadas ante una instancia superior.

Se encuentran algunas legislaciones en donde lo contrario se convierte en la regla general. Es el caso de países como República Dominicana y Venezuela. En el país centroamericano tal decisión puede ser objeto de casación (Ley 3726 de Casación) y, en el país venezolano, vía jurisprudencial se ha permitido que la misma se recurra en casación¹⁵⁹.

4.1. Efectos de las sentencias

Los efectos de los posibles fallos de un proceso de anulación varían sustancialmente, lo que depende del sentido

de 2011 (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1806-1808; CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 226; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Comentario al artículo 40", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., pp. 1136-1137.

159 Ver HERNÁNDEZ-BRETÓN, E.; ESIS V. I.: "Venezuela", en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), ob. cit., pp. 736-737.

del laudo sobre el que se decida. Mientras la sentencia que desestima la acción de anulación, que revalida la eficacia del laudo¹⁶⁰, mantiene el *statu quo*, su contraria, es decir, aquella que anula el laudo¹⁶¹, declara la ineficacia del mismo, lo que necesariamente viene a alterar el estado de cosas que existe en ese momento.

La parcialidad o totalidad de la anulación del laudo vendrá determinada en cada caso concreto por el contenido de aquel y, además, por los motivos que la sustentaron. Así las cosas, en el caso del laudo cautelar, su eventual parcialidad ocurriría siempre que en aquel se resolviera sobre dos o más medidas cautelares, o sobre estas y otras cuestiones. En otras palabras, si el laudo que se intenta anular únicamente resuelve sobre una cautela en concreto, la confirmación de su eficacia –que en últimas es lo que significa la desestimación de la acción de anulación– no puede ser parcial y necesariamente conformará una unidad con una única respuesta.

4.2. Consecuencias de las sentencias

Del sentido del fallo que resuelve la acción de anulación, dependerán las diversas actuaciones que podrán llegar a realizar los demandantes en anulación, con posterioridad a la notificación de aquel.

Si se inicia por las sentencias que declaran la anulación de un laudo arbitral que determinó la adopción de medidas cautelares, hay que señalar que el afectado con la cautela, ahora beneficiado con la anulación, habrá soportado hasta ese momento, sin justificación legal ahora demostrada, la medida cautelar adoptada por los árbitros, incluso si hubiere solicitado la suspensión de la misma –artículo 45 Ley 60/2003–,

160 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1766.

161 *Ibíd.*, pp. 1767-1770.

al tener en cuenta que tal decreto no se consigue de forma inmediata y, por lo tanto, siempre habrá un periodo de tiempo en el que se verá aquejado con la cautela.

Así las cosas, cabe preguntarse si el limitado injustamente con la medida cautelar, a quién el juez ha dado la razón con la anulación de la decisión cautelar, tiene algún instrumento legal del que pueda valerse para reclamar los daños y perjuicios sufridos durante el tiempo que tuvo que sobrellevarla. La respuesta no puede ser sino afirmativa pues tanto dentro del propio sistema de la tutela cautelar, como en el arbitral, el legislador ha dispuesto medidas de protección para todo aquel que, ilegalmente, se haya visto perjudicado por el incorrecto funcionamiento de uno u otro sistema.

En el caso del proceso cautelar, tuvimos oportunidad de exponer que uno de los presupuestos *sine qua non* para adoptar las medidas cautelares es la proposición de una caución que pueda hacerse efectiva a favor del demandado cautelar, cuando se demuestre que la misma ha sido injustificada e innecesaria. No puede perderse de vista que la concesión de una medida cautelar supone una restricción de derechos para aquel que resulta obligado a 'sufrirla', sin que exista certeza de la razón de lo pretendido en el proceso por el beneficiado con la misma, por lo tanto, ese velo de incertidumbre jurídica que rodea el proceso cautelar, se intenta contrarrestar con la obligación de la prestación de una caución a favor del perjudicado con la medida.

En consecuencia, cuando el ahora demandante en anulación resulte favorecido con la declaratoria de ineficacia de la decisión arbitral que decretó la medida cautelar –que él ha soportado–, podría reclamar la caución constituida en su momento por el demandante cautelar, toda vez que el objeto con el que la misma se prestó encuadra, a nuestro juicio, sin reparo alguno, en la situación que se presenta cuando se anula la decisión arbitral que adoptó una medida cautelar.

De otra parte, y revisando los posibles instrumentos de protección que pudieron haberse establecido en el sistema

arbitral de la Ley 60/2003, concluimos que, con fundamento en la responsabilidad que los árbitros tienen de cumplir fielmente su encargo (art. 21.1), existe la opción de reclamarles los daños y perjuicios sufridos con la medida cautelar declarada posteriormente ineficaz por la autoridad judicial¹⁶². En todo caso, tendrá que demostrarse la mala fe, temeridad o dolo en la actividad arbitral, al haber restringido el legislador a tales categorías la responsabilidad de los árbitros, lo que dificultará en la práctica el reconocimiento de la misma¹⁶³, aunque, claro está, supondrá al mismo tiempo la posibilidad de intentar tanto la responsabilidad contractual como extracontractual¹⁶⁴.

Sin embargo, debe hacerse énfasis que solo podrán beneficiarse de este régimen de responsabilidad las partes en un arbitraje¹⁶⁵, como quiera que es una consecuencia directa de la asunción por los árbitros del mandato que a su turno les han otorgado las partes, y el legislador no lo ha ampliado directamente a los terceros que se vieran afectados por la labor del Tribunal arbitral.

Así las cosas, y al coexistir la posibilidad de que terceros ajenos al arbitraje, que se vean afectados por las cautelas impuestas con ocasión de aquel, ejerzan la acción de anulación, habrá que señalar que ellos no podrán intentar la res-

162 En este mismo sentido, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 247-248. También, GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ob. cit., p. 69, refiriéndose al cuarto motivo de anulación (art. 41.1.c) Ley 60/2003).

163 OLAVARRÍA IGLESIA, J.: "Comentario al artículo 21", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 938; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, AA. VV. (coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.), t. II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4219-4250.

164 OLAVARRÍA IGLESIA, J.: "Comentario al artículo 21", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 937.

165 *Ibíd.*, p. 946.

ponsabilidad de los árbitros por el artículo 21 Ley 60/2003, sino que tendrán que acudir a las normas generales de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 Código Civil, en adelante CC)¹⁶⁶.

Al hilo de lo anterior, el favorecido con la anulación de la decisión arbitral que adoptó una medida cautelar, puede procurar por una doble vía el resarcimiento de los perjuicios y daños causados al haber soportado injustamente tal decisión: a) Haciendo efectiva la caución constituida en su momento por el demandante cautelar; y b) Exigiendo a los árbitros su responsabilidad por el incumplimiento fiel de lo encargado, al haber decretado una medida cautelar declarada posteriormente ineficaz, de acuerdo con el régimen de la Ley 60/2003, artículo 21, o bien el régimen general del CC, artículo 1902, dependiendo de su carácter o no de parte en el arbitraje.

Continuando con las consecuencias de las sentencias que enuncian la ineficacia de un laudo que negó la tutela cautelar que se le solicitaba, hay que partir por reafirmar que los jueces únicamente podrán declarar la ineficacia de la decisión arbitral, en este caso la cautelar que ha negado las cautelares solicitadas, sin poder, por no actuar como una segunda instancia, "...sustituir o integrar la negativa de los árbitros en el supuesto de anulación de la resolución arbitral"¹⁶⁷. En otras palabras, no es posible que los jueces en la sentencia que anula la decisión cautelar, y por tanto la torna ineficaz, ordenen la adopción de las medidas cautelares en su momento desestimadas por los árbitros.

Lo anterior, unido a la urgencia inmersa en cualquier solicitud cautelar, nos lleva a afirmar categóricamente que, aun existiendo la opción legal de interponer una demanda de anulación contra un laudo que niegue las medidas cau-

166 Sobre el régimen de responsabilidad de los árbitros frente a los terceros con ocasión del laudo principal, ver *ibíd.*, p. 946.

167 SENES MOTILLA, C.: *La intervención judicial en el arbitraje*, ob. cit., p. 97.

telares, no es en absoluto recomendable realizarlo, toda vez que los efectos de la sentencia favorable a sus intereses, la que anula el laudo, no le satisface la tutela cautelar que se supone persigue.

Si se enfrenta la duración del proceso arbitral con el proceso judicial de anulación, resultará que este último terminará con posterioridad a la finalización del arbitraje y, en consecuencia, es un sinsentido plantearse la posibilidad que tendría aquel favorecido con una sentencia que anula el laudo que negó las cautelas de solicitarlas nuevamente ante la autoridad competente¹⁶⁸.

Lo realmente viable será que los árbitros desempeñen un riguroso papel de administradores de justicia, con lo que evitan decisiones susceptibles de anulación, y además, que los abogados de las partes intenten bajo otros argumentos, con distintas justificaciones e incluso ante otras autoridades competentes –los jueces– la adopción de aquellas cautelas denegadas por el Tribunal arbitral.

4.3. Un caso puntual, cuando los árbitros resuelven cuestiones no sometidas a su decisión

A partir de la modificación por la Ley 11/2011 (art. único, diez) de la rúbrica y los apartados uno, dos y cuatro del artículo 39 Ley 60/2003, las partes tienen la posibilidad de pedirle a los árbitros “...la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje” (art. 39.1.d).

Aunque en el Proyecto de Ley que se materializó en la Ley 11/2011, inicialmente se pretendió que tal solicitud de rectificación fuera un condicionante para las partes que quisieran intentar la anulación del laudo por la causal dispuesta

168 MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 249-250.

en el numeral c) artículo 41.1, el artículo 8 de aquel Proyecto que contemplaba la modificación antes dicha, fue suprimido en el trámite ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados¹⁶⁹.

Si bien el artículo en el que se iba a incluir aquel –artículo 40 Ley 60/2003–, no resultaba ser el lugar más idóneo para el mismo¹⁷⁰; a nuestro juicio, sí debía haberse recogido en este motivo (art. 41.1. c) un nuevo apartado que indicase la obligación de que las partes, antes de procurar por esta causal la anulación, agotaran la opción de suplicarle al Tribunal arbitral la rectificación de la extralimitación, siempre y cuando esta fuera de carácter parcial.

La razón de nuestra afirmación se basa fundamentalmente en lo conveniente que sería para la efectividad del arbitraje y, en nuestro caso concreto, de la tutela cautelar, que antes de ir a la anulación se pudiera resolver el problema en torno al laudo en la misma sede arbitral, al considerar que esto redundaría en la celeridad que debe acompañar siempre tanto a la una como al otro.

Debe tenerse en cuenta que el arbitraje supone celeridad, la misma que se exige en la tutela cautelar y, en ese sentido, nos encontramos en un escenario de celeridad reforzada que se ve perjudicada si se acude ante la jurisdicción por causa de la anulación. Por ello, juzgamos que cualquier mecanismo que en el fondo nos evite interponer acción de anulación, redunda provechosamente en el arbitraje.

Por lo anterior, consideramos que hubiese sido conveniente que en la reforma a la Ley 60/2003 efectuada por la Ley 11/2011, se dispusiera la condición de que la parte interesada en solicitar la anulación por el motivo tercero, tendría

169 Así consta en el anexo al informe publicado el 24 de febrero de 2011 en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*.

170 Como bien lo señaló MARCOS FRANCISCO, D.: “Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral”, en *Diario La Ley*, ob. cit., en B. D.: [www.diariolaley.es].

que agotar primero la solicitud a los árbitros de la rectificación del laudo. La ausencia de una norma en este sentido hace que actualmente no sea requisito *sine qua non* para intentar la anulación, realizar el trámite ante los árbitros, aún más cuando el artículo 39 Ley 60/2003 que lo contempla, lo hace con carácter potestativo y no imperativo.

5. Valoración de la remisión al juicio verbal

Tratadas las distintas cuestiones del procedimiento arbitral es la oportunidad de analizar con detenimiento si es conveniente o no para la institución del arbitraje, que el juicio verbal regulado en la LEC 1/2000 sea la vía para la anulación de los laudos, en especial, de aquellos que resuelven las medidas cautelares. Pero antes, vale la pena reseñar en palabras de la AP de Valladolid (secc. 1) cuál es la caracterización del proceso de anulación:

En último término hemos de señalar que tampoco estamos en presencia de un juicio verbal puro del art. 442 sino en un proceso de anulación de un laudo arbitral que se tramita por los cauces de un juicio verbal pero con las peculiaridades previstas en el art. 42 de la Ley de Arbitraje...Por tanto no estamos en presencia de un juicio verbal sino de un proceso distinto y especial que utiliza los cauces del proceso verbal en una de sus fases...¹⁷¹.

Al comenzar a revisar el artículo 42.1 Ley 60/2003 parece claro que la intención del legislador ha sido que la anulación de las decisiones arbitrales se resuelva de acuerdo con lo dispuesto para el juicio verbal. Son esclarecedoras las palabras de BARONA VILAR cuando dice, refiriéndose al proceso de anulación del laudo arbitral, lo siguiente: "...No es, sin embargo, un juicio verbal (de naturaleza ordinaria), sino

171 SAP de Valladolid (secc. 1) n.º 155/2009, de 15 de junio, B. D.: Westlaw (AC 2009/1649).

un proceso judicial especial que nace como consecuencia de una instancia anterior arbitral”¹⁷².

A primera vista, aquello resulta adecuado teniendo en cuenta que pareciera haberse buscado un juicio cuya duración se acompañara con la celeridad que caracteriza al arbitraje, tal como se proponía desde la Exposición de Motivos de la ley cuando se decía: “el procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes”.

Sin embargo, en el estudio del tema y tal como lo hemos dicho en repetidas oportunidades, nos encontramos con distintas reglas que o bien remiten expresamente al juicio ordinario, como ocurre respecto a la demanda de anulación (art. 399 LEC 1/2000) o, por el contrario, disponen reglas ‘particulares’ en torno a la anulación en el arbitraje, que antes de parecerse a las propias del verbal, se acercan más a su antónimo, el ordinario.

Comenzando por la remisión expresa al artículo 399 LEC 1/2000, consideramos justificada la misma pues al ser la anulación una acción de gran envergadura, en la que se ‘juega’ la eficacia de una decisión de autoridad, en este caso de los árbitros, es necesario que la petición de anulación, al ser el primer acercamiento que se supone tendrá el juez con la situación particular, sea lo suficientemente clara y completa para permitir resolver adecuadamente el asunto. Lo anterior no se conseguiría con una “*demanda sucinta*”, tal como se exige en el juicio verbal (art. 437 LEC 1/2000). Por ello resulta coherente que, en relación con la forma y el contenido de la demanda, el legislador arbitral se haya alejado del proceso general al que remite –juicio verbal– para decidir que tendrá que aplicarse lo propio del juicio ordinario en ese preciso aspecto.

172 BARONA VILAR, S.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1791.

Continuando con las reglas particulares de procedimiento que el legislador ha dispuesto, nos seguimos encontrando en el mismo artículo 42.1 Ley 60/2003 con normas que curiosamente se alejan del juicio que se supone debe orientar todo el proceso de anulación, el juicio verbal¹⁷³. Por ejemplo, decíamos que el legislador arbitral ha señalado que la contestación a la demanda de anulación deberá realizarse por escrito, en el plazo de veinte días a partir de la notificación de aquella, contrario a lo que ocurre en el juicio verbal, en el que la contestación se hace en la vista de forma oral.

Los argumentos a favor de la contestación escrita, tal como se encuentra ahora en la Ley arbitral, serán los mismos que expusimos anteriormente cuando manifestamos nuestro acuerdo con la remisión al artículo 399 LEC 1/2000: el primer acercamiento del juez a las razones, en este caso del demandado cautelar, ameritan, por la trascendencia de lo pedido, el documento escrito.

A lo anterior se suma la necesidad de potenciar y materializar el principio de contradicción y el derecho de defensa, dupla que se consigue si se le permite a la parte exponer y, sobre todo, aportar aquellos documentos que sustenten su posición, lo que en la materia que ahora nos interesa, la de las medidas cautelares, resulta ser una herramienta probatoria fundamental que le facilita al juez resolver adecuadamente la controversia.

Así las cosas, y ubicándonos a favor de la contestación escrita de la demanda de anulación de la decisión arbitral, sale a la palestra la pregunta acerca del porqué remitió el legislador al juicio verbal, cuando los dos pilares materiales básicos del procedimiento, como son demanda y contestación, se alejan del mismo. Antes de arriesgarnos a plantear una respuesta al cuestionamiento expuesto *supra*, continuamos

173 En el mismo sentido, SEGOVIANO ASTABURURAGA, M. L.: "Comentario al artículo 42", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 671.

el recorrido por el procedimiento de anulación. Después de haber contestado o no la demanda, el siguiente evento es la realización de la vista, que tal como actualmente está planteado y siempre y cuando se reúnan los condicionamientos señalados en la ley. Y es aquí donde finalmente parece encontrarse la razón del porqué se prefirió este sobre el ordinario.

De acuerdo con el artículo 443 LEC 1/2000, es la vista la oportunidad que tienen los jueces para resolver el conflicto que se les plantea, contrario a lo que sucedería de seguirse el juicio ordinario, pues en este los jueces tendrían para dictar sentencia los veinte días siguientes después de finalizada la vista.

De esta manera y de acuerdo con la celeridad que caracteriza al arbitraje, es mucho más acorde que la anulación de una decisión arbitral sea fallada en un corto periodo de tiempo y, en consecuencia, se prefiera el juicio verbal sobre el ordinario, teniendo en cuenta que este da al juez la posibilidad de dictar sentencia directamente en la vista. Sin embargo, luego de constatar que el procedimiento de anulación de la decisión cautelar es una mezcla del juicio ordinario, verbal y de innovaciones legislativas, la pregunta que viene a continuación es por qué el legislador antes de ser tan tajante y remitir a un juicio determinado, no optó por crear un procedimiento autónomo, independiente, que respondiera a las dinámicas propias del arbitraje y de la anulación de las decisiones arbitrales y cautelares.

Coincide la doctrina en afirmar que lo anterior se debió al interés por evitar la existencia de un sinfín de procedimientos especiales y, a su turno, seguir la uniformidad que propone la LEC 1/2000 en la materia¹⁷⁴.

174 BARONA VILAR, S.: "Comentario al artículo 42", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1777-1778; GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ob. cit., p. 119.

Teóricamente, y luego de ver las inconsistencias e incoherencias del actual procedimiento de anulación del laudo arbitral, nos arriesgamos a afirmar que lo más conveniente hubiese sido que el legislador creara un procedimiento especial para estos casos¹⁷⁵, estableciendo disposiciones concretas dirigidas a aquellos eventos en los que se pretendiera anular una decisión cautelar. Por ejemplo, la determinación de plazos y términos procesales precisos que fueran consecuentes con la celeridad involucrada en estos procesos.

Somos consientes que en la práctica lo anterior traería dificultades y rechazo por parte de los operadores jurídicos, lo cual obstaculizaría la realización de las acciones de anulación de los laudos arbitrales.

VII. JUSTIFICACIÓN DE LA ANULACIÓN DEL LAUDO CAUTELAR

A lo largo de este capítulo hemos analizado las cuestiones más relevantes y problemáticas de la anulación de las decisiones arbitrales cautelares en el régimen español, en el que se contempló, de acuerdo con la interpretación conjunta de la Exposición de Motivos y el articulado de la ley, que las decisiones cautelares (adopción, negación, modificación o alzamiento), serían laudos¹⁷⁶ parciales¹⁷⁷, aun cuando el

175 En contra, GONZÁLEZ-MONTES, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ob. cit., p. 119. En todo caso, hay quienes como SEGOVIANO ASTABURURAGA, M. L.: “Comentario al artículo 42”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., p. 672, consideran que “...en puridad, configura un procedimiento distinto”; en el mismo sentido, CLAROS ALEGÍA, P.: “Comentario al artículo 41”, en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* (coord. HINOJOSA SEGOVIA, R.), ob. cit., p. 243, quien opina que la mejor opción era, antes de remitir al juicio verbal, reenviar al juicio ordinario con una mención especial de aportación documental.

176 Igual consideración se encuentra en las reglas de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 36.3.

177 Conclusión a la que se llega cuando se lee en conjunto el artículo 37 Ley 60/2003 y las consideraciones del legislador en la Exposición de Motivos, respecto al Título VI de tal Ley. Si bien es cierto en el primero no se menciona a tales laudos como aquellos que contendrán las respuestas arbitrales sobre

artículo 23.2 dispone que “... cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.

Así las cosas, a las decisiones del árbitro que concedan o denieguen, alcen o modifiquen medidas cautelares, por mandato legal deberán aplicárseles los artículos 40 a 42 Ley 60/2003, que regulan lo relativo a la anulación de laudos arbitrales.

No es óbice a lo anterior que al ser los laudos cautelares laudos parciales, la primera de estas disposiciones señale expresamente que la aplicación de las normas sobre anulación se hará a los “...laudos definitivos...”, toda vez que no solo hay remisión expresa legal a las normas sobre anulación de laudos, sino que estos son definitivos en lo que a su materia se refiere, tanto que como vimos anteriormente la propia Exposición de Motivos señala que tendrán el mismo valor que los que resuelven la controversia.

Al dirigir la mirada a la regulación colombiana, debemos decir que allí es distinta la situación como quiera que se intitula *autos* a las decisiones cautelares que adopten los árbitros. Aun cuando en teoría la denominación que reciben tales decisiones no es algo que pueda pasarse a la ligera, el legislador colombiano ignorando esto, guardó silencio

las medidas cautelares, (allí se refiere a ellos para señalar que la decisión final del arbitraje podrá contenerse “...en un solo laudo o en tantos laudos parciales...” como los árbitros lo consideren pertinente), es la primera disposición en la que se habla de los mismos. En la Exposición de Motivos sí se contempla expresamente “...el reconocimiento legal de la posibilidad de dictar laudos parciales, que pueden versar sobre alguna parte del fondo de la controversia o sobre otras cuestiones, como la competencia de los árbitros o medidas cautelares...”, de los que dice tienen “...el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable...”. Así las cosas, aun cuando no se encuentra ninguna disposición normativa que disponga que las decisiones arbitrales sobre las medidas cautelares reciben el nombre de laudos parciales, el legislador sí lo contempló en la Exposición de Motivos, y aun cuando esta no tenga valor normativo, creemos que sería un error desconocer lo anterior si se tiene en cuenta que el legislador manda a aplicar a las decisiones sobre tal materia lo relacionado con la anulación de laudos.

respecto a los eventuales recursos que tendrían los autos que resolvieran sobre medidas cautelares¹⁷⁸.

Entrando en el fondo del objeto de estudio de este epígrafe, reafirmamos lo dicho *supra* en repetidas ocasiones acerca de la injerencia que las medidas cautelares suponen en la esfera jurídica de las personas que deben soportarlas. Consciente de tal situación, el legislador español ha dispuesto distintos mecanismos, tanto para asegurar la necesidad de adopción de tal medida (la apariencia del buen derecho, el peligro por la mora procesal y el ofrecimiento de caución), como para lograr remediar los perjuicios que se causaran con la imposición de aquellas que resultan haber sido injustas.

Precisamente, la posibilidad de que se decreten medidas que no estaban justificadas, exige que se contemplen instrumentos que permitan enmendar tal situación. Así lo ha hecho el legislador español en la Ley procesal general, cuando, como vimos en epígrafes anteriores, ha propuesto el recurso de reposición y de apelación para los distintos eventos que pueden ameritar la necesidad de 'revisión' por parte del juez superior.

Cuando son los árbitros quiénes deciden sobre la adopción de las medidas cautelares, los riesgos de que se impongan algunas que no estén justificadas, o que estándolo dejen de estarlo, son iguales a los que se corren cuando son los jueces quiénes resuelven si se aplica o no una determinada cautela, (al fin de cuentas ambas autoridades son personas y, en consecuencia, es posible que yerren) por lo tanto, en estos casos también se hace necesario contar con herramientas que protejan los derechos procesales de aquellos que se han visto perjudicados.

Sin embargo, la situación no es tan simple si tenemos en cuenta que, por la configuración propia del arbitraje, es

178 AZULA CAMACHO, J.: *Manual de Derecho Procesal*, t. v. *Procesos de liquidación*, ob. cit., pp. 386-387.

inviabile contemplar recursos contra los laudos. Este es un mecanismo de resolución de controversias de única instancia, cuyos directores, los árbitros, no tienen ningún superior al que se pueda acudir para impugnar las decisiones tomadas por ellos¹⁷⁹.

Aun cuando resulta evidente la necesidad de contemplar algún mecanismo que permita que el laudo que interpone medidas cautelares pueda ser “evaluado” en sus aspectos formales por una persona distinta a aquel que lo ha adoptado, a nuestro juicio no acontece lo mismo cuando la decisión del árbitro ha sido en contra del demandante cautelar, ya que allí no nos encontramos frente a una injerencia indebida de una esfera jurídica. Podría refutarse esta posición por la indebida tutela cautelar que supone; sin embargo, la misma está fundada en la primacía a la independencia del arbitraje, la voluntad de las partes que ante él han acudido y la intervención limitada de los jueces en el mismo¹⁸⁰.

Veíamos anteriormente que el legislador español ha permitido que los laudos cautelares, a nuestro pesar, sin importar su sentido, sean conocidos por los jueces. Y que antes de innovar en la creación de una figura con la que esto pueda conseguirse, ha recurrido a la acción de anulación que estos conocen, asimilando para ello las decisiones de los árbitros con relación a las medidas cautelares (aunque también –y como dijimos en su momento– a las que versen sobre otras

179 Una opinión completamente distinta, y sorprendente, es la de NIEVA FENOLL, J.: “Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral”, en *Actualidad Civil*, ob. cit., p. 950, quien propone que se permita la impugnación en apelación de los laudos arbitrales. Posición que no es sostenible bajo una discusión fundada en criterios jurídicos y verdaderamente conocedores del arbitraje, como los que a lo largo de esta tesis hemos venido alegando.

180 Una postura contraria presenta SENES MOTILLA, C.: *La intervención judicial en el arbitraje*, ob. cit., p. 96, quien aboga por: “...control jurisdiccional con independencia del sentido de la decisión de los árbitros, máxime cuando el carácter alternativo de la competencia cautelar en el proceso arbitral abocaría a la denegación de tutela judicial en el supuesto de desestimación indebida de la medida”.

cuestiones) a los laudos, diciendo –como lo señalábamos *supra*–, que estos son laudos parciales.

Así las cosas, mientras la solución ofrecida por el legislador español: intervención de los jueces en el arbitraje, la encontramos parcialmente justificada por las razones antes esbozadas, la situación contraria que se presenta en Colombia, de ausencia total de algún control judicial formal sobre los autos cautelares, puede ocasionar graves vulneraciones de derechos con las consecuencias jurídicas que esto conlleva, lo que no deja de alarmarnos si tenemos en cuenta la vigilancia que se espera debe tener todo aquello que incida en la esfera jurídica de las personas.

Sin duda, el mecanismo de la acción de tutela previsto en el ordenamiento jurídico colombiano será recurrente ante este tipo de situaciones¹⁸¹, lo que no necesariamente resulta conveniente si consideramos que implicará, en último término, el conocimiento por parte de jueces del fondo de las decisiones adoptadas por los árbitros¹⁸²; lo que puede llegar a hacer excesivo si se tiene en cuenta que por vía de tutela se podrá alegar cualquier violación de derechos fundamentales, no solo procesales¹⁸³, porque como lo dice ALJURE SALAME:

181 ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.: “Colombia”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), ob. cit., p. 296.

182 Sobre los riesgos de la acción de tutela contra laudos arbitrales, ARBOLEDA PERDOMO, E.: “La constitucionalización del arbitraje”, en *Constitucionalización del derecho privado, Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains* (dir. LARROUMET, C.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007, pp. 335-337.

183 Una situación de estas características es la que se presenta en El Salvador, Honduras y México, en donde bajo la llamada acción de amparo se intentan revertir laudos cautelares. Ver TERCERO ZAMORA, J. R.: “El Salvador”, en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), ob. cit., pp. 411-436; LOBO LARA, F. D.; LOBO FLORES, F. D.: “Honduras”, en *ibíd.*, pp. 524-525; BRAVO PERALTA, M. V.: “México”, en *ibíd.*, p. 550. Algo similar ocurre en Paraguay por vía de la

...el problema está en el diseño de la institución que por la amplitud del concepto del derecho fundamental y por la infinidad de conexiones con otros derechos, hace que prácticamente todo laudo sea revisable en tutela, lo que expone a diferentes resultados, sobre la base de meras discrepancias legales...En conclusión, el exceso de intervención judicial, como consecuencia de la acción de tutela, puede ser tan nocivo como la ausencia de recurso de anulación...¹⁸⁴.

En conclusión, nos decantamos por un sistema legal que contemple instrumentos jurídicos que permitan que los afectados con la adopción de medidas cautelares en un arbitraje puedan reclamarle a la jurisdicción el control formal de aquellas decisiones arbitrales en las que dichas medidas fueron decretadas.

acción de inconstitucionalidad, ver, BREUER, L. A.; ZAVALA, D. M.: "Paraguay", en *ibíd.*, pp. 634-635.

184 ALJURE SALAME, A.: "Comentario a la sentencia de anulación del laudo arbitral Bancolombia v. Gilinski", en *Revista Internacional de Arbitraje*, ob. cit., pp. 173, 174-178.

CAPÍTULO QUINTO

EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN CAUTELAR

Toda decisión cautelar dictada con ocasión de un proceso arbitral -ya sea fuera o dentro del mismo, léase auto o laudo-, nace con vocación de ser materializada al igual que sus homónimas en un proceso judicial. La forma en que aquella realización se produce depende de la actitud que tenga el afectado con la medida cautelar frente al auto o laudo que la adopte, bien de acatar voluntariamente la cautela solicitada, o bien de abstenerse de participar en su materialización.

Si la voluntad del demandado cautelar se enmarca en el cumplimiento voluntario de la decisión judicial o arbitral, no será necesaria la realización de alguna actividad externa de autoridad competente tendente a su concreción. Si por el contrario, el demandado es renuente a cumplir de forma voluntaria la medida cautelar que se la ha impuesto, deberá recurrirse a la ejecución forzosa de la decisión cautelar, para que se surtan los efectos que con la solicitud de la medida adoptada se pretenden¹.

Para algunos es señal de buen arbitraje el cumplimiento voluntario de la medida cautelar por parte del perjudicado con la misma²; para otros, la abstención de actuación frente

-
- 1 REVERÓN PALENZUELA, B.: “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 475.
 - 2 LORCA NAVARRETE, A. M.: “La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en

a la medida cautelar es reflejo de su fracaso³. No consideramos que la actitud que la parte afectada adopte en relación con la medida cautelar, deba ser catalogada como conquista o derrota del arbitraje como sistema de resolución de controversias; a nuestro juicio, su éxito debe medirse en lo acertado que el mismo resulte en la consecución de su objetivo: resolver los conflictos. Las partes en un arbitraje están enfrentadas, y como tal se comprende que la afectada no quiera cumplir voluntariamente con la carga que le impone la cautela. Estaríamos ante un verdadero fracaso del arbitraje si este no contara con instrumentos suficientes para actuar ante una medida cautelar no satisfecha; escenario distinto al que se configura actualmente.

En otras palabras, y parafraseando lo dicho por CUCARELLA GALIANA respecto a la ejecución de los laudos que resuelven las controversias finales:

...el reconocimiento de que las partes de una relación jurídica puedan encomendar a los árbitros la resolución de la controversia o controversias surgidas, exige que el legislador ordinario prevea en las leyes procesales los mecanismos oportunos para poder hacer efectivo el pronunciamiento condenatorio en el caso en el que la parte a la que se impone el deber de prestación no cumpla voluntariamente⁴.

De otra parte, en los casos que sea necesaria la intervención de terceros para la ejecución de la medida cautelar, no bastará la disposición del demandado para cumplirla; será indispensable su ejecución por parte de la autoridad competente.

que se ha ejercitado acción de anulación ¿es definitiva o provisional?”, en *Diario La Ley*, n.º 6220, año XXVI, 30 de marzo de 2005, B. D.: [www.diariolaley.es].

3 SENÉS MOTILLA, C.: “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ MONTES, J. L.), ob. cit., p. 285.

4 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 251.

En España, un ejemplo sería la medida de embargo (arts. 584 y ss LEC 1/2000). En Colombia, la medida de inscripción de la demanda y el embargo (art. 588 CGP). En ambos casos es necesaria la intervención de una persona cualificada que transforme la realidad, adecuándola a la decisión cautelar.

I. LA *POTESTAS* COMO ELEMENTO CONFIGURADOR

Desde la concepción de la división de poderes de Montesquieu, el Estado se ha reservado para sí el monopolio de la ejecución de todas las decisiones que fundadas en autoridad, sean dictadas por aquellos legitimados para resolver controversias. En consecuencia, la facultad para modificar la realidad adaptándola a la decisión, la tienen todos aquellos a quienes el Estado invista con la potestad necesaria para el efecto. Quien goza de *potestas* tiene la facultad de someter a los demás a sus decisiones, debido a que se encuentra investido de tal poder –derivado de la soberanía popular– que se le ha dado por el cumplimiento de determinados requisitos.

Al hilo de lo anterior, la ejecución de una decisión cautelar que supone injerencia en la esfera jurídica de las personas, lleva envuelta en las “...coordenadas de un sistema procesal de garantías...”⁵ la necesidad de *potestas* en aquel que se predique competente para tal función.

Se ha establecido en la mayoría de países europeos y americanos, –y de ello dan fe la doctrina⁶ y la jurisprudencia

5 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 373.

6 Entre otros, LEW, J.; MISTELIS, L.; KROLL, S.: *Comparative international commercial arbitration*, ob. cit., 2003, pp. 610-615; MOLLER, G.: “On interim measures of protection and Finnish arbitration law”, en *Intercontinental cooperation through private international law*, ob. cit., pp. 251-261; YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, ob. cit., pp. 8, 237, 241; ARANGUENA FANEGO, C.: “Artículo 23”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), ob. cit., pp. 421, 441-442; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de*

dencia⁷–, indistintamente si siguen el sistema continental o anglosajón, que los únicos que gozarán de la capacidad para hacer ejecutar lo juzgado en un sistema de resolución de conflictos, serán los jueces. En esa medida los árbitros, investidos por la voluntad de las partes de la autoridad suficiente para resolver las controversias, carecen de potestad para obligar al cumplimiento de sus decisiones. En

Arbitraje, ob. cit., p. 299; MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, ob. cit., p. 147; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, ob. cit., pp. 1036-1040; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VENEGAS GRAU, C.: “Artículo 23”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 402; LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 129-130; CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 250, 336; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, ob. cit., p. 204; MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., pp. 669-672; ANZOLA, E.: “¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?”, en *Revista internacional de arbitraje*, n.º 9, julio-diciembre, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2008, p. 123; VILLALBA GARCÍA, P.: “Comentario artículo 23”, en *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (coord. DÍAZ-BASTIEN, E.), ob. cit., p. 135; JIMÉNEZ GARCÍA, D.: “Comentario al artículo 44”, en *ibíd.*, ob. cit., p. 232; REVERÓN PALENZUELA, B.: “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 475. GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 44”, en *ibíd.*, ob. cit., p. 1313; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1871-1872.

- 7 Entre las más recientes destacamos las siguientes: STC (Sala primera), n.º 136/2010 de 2 de diciembre, B. D.: Westlaw (RTC 2010/136); AAP de Madrid (secc. 8) n.º 181/2011, de 19 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/355190); AAP de Madrid (secc. 14) n.º 156/2011, de 19 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/347823); AAP de Madrid (secc. 10) n.º 192/2011, de 24 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/345419); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/227932). Incluso en la vía gubernativa; un ejemplo, la Resolución de 20 de febrero de 2006 de la Dirección General del Registro y del Notariado (Propiedad), B. D.: Westlaw (RJ 2006/934), en la que al hilo del estudio de la medida cautelar de inscripción de una anotación preventiva de prohibición de disponer, se concluye: “...que para la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros en el laudo arbitral se requiere el auxilio del Juez o Tribunal que resulte competente (art. 8 de la Ley de Arbitraje)...”.

todo caso, hay autores como FRANCO ARIAS⁸ que propone la posibilidad de permitir en la ley que el árbitro o incluso la institución arbitral pueda "...actuar en el ámbito de la ejecución", siempre que las partes lo acordaran "...en todo aquello que no requiriera el respaldo de la fuerza". Esto se contempla en la Ley de Arbitraje y Mediación del 4 de septiembre de 1997 artículo 9.2, en Ecuador, donde se plantea que el auxilio judicial, con ocasión de la ejecución de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, solamente procederá cuando las partes así lo hayan acordado en el convenio arbitral⁹.

Trasladar lo anterior al ámbito de la ejecución de las medidas cautelares, supone concluir, necesariamente, que sin importar el instrumento jurídico que las contenga, auto o laudo, serán los jueces quienes exclusivamente podrán ejecutarlas. Esta precisión es importante siempre que se apueste por permitir que tanto los jueces como los árbitros adopten medidas cautelares con ocasión de un arbitraje, tal como lo plantea la Ley Modelo y también lo recoge la Ley española; toda vez que tendrá que manifestarse en la ley, expresa o tácitamente, que si bien es cierto que los jueces ejecutarán aquellas que ellos mismos han adoptado, también se recurrirá a la jurisdicción cuando se pretenda ejecutar una cautela previamente concedida por un árbitro¹⁰.

-
- 8 FRANCO ARIAS, J.: "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003", en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 5, 2004, p. 186.
 - 9 KLEINHEISTERKAMP, J.: "Medidas cautelares en el arbitraje. Una perspectiva comparatista", en *Derecho Económico Internacional*, Colección Estudios Jurídicos 26, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 159.
 - 10 Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional hay autores como BEECHEY, J.; KENNY, G.: "How to control the impact of time running between the occurrence of the damage and its full compensation: complementary and alternative remedies in interim relief proceedings", en *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration* (eds. DE LY, F.; LÉVY, L.), ob. cit., p. 92 que consideran que no sera común acudir ante la jurisdicción para solicitar

Así, el artículo 17.H de la Ley Modelo distingue entre el Tribunal arbitral y aquel competente para ejecutar las medidas cautelares. En el ámbito internacional se destaca el Swiss Private International Law Act, artículo 183, parágrafo 2, en el que se contempla la función exclusiva de los jueces de ejecutar medidas cautelares. También, el artículo 117 de la Constitución Española, en adelante CE, manifiesta que la función de ejecutar lo juzgado corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales dispuestos por la ley. Por su parte, la Ley 60/2003 desde la Exposición de Motivos contempla que “obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara”.

A diferencia de lo que ocurre en legislaciones como la peruana, en la que se dispone expresamente que la ejecución forzosa de las cautelas es competencia de los jueces (art. 48.2 Decreto Legislativo 1071/2008)¹¹, en ningún artículo de la Ley española se encuentra una disposición que expresamente niegue a los árbitros la potestad ejecutiva. Sin embargo, de la interpretación armónica del apartado anteriormente transcrito de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, y del artículo 23.2 de la misma normativa según el cual a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares se les aplicará también las normas sobre ejecución forzosa de laudos, es inevitable concluir que en el régimen español cuando los árbitros hayan ordenado adoptar la medida cautelar, se torna indispensable acudir ante la autoridad judicial para que se ejecute la misma.

la ejecución, cuando quiera que: *“Most parties will think twice before failing to comply at an interlocutory stage with the orders or directions of the arbitral tribunal before which their case is to be heard”*.

- 11 CANTURIAS SALAVERRY, F.: “Algunos cortos apuntes acerca de la nueva Ley de Arbitraje Peruana”, en *Revista internacional de arbitraje*, n.º 9, julio-diciembre, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2008, pp. 25-35.

En el sistema jurídico colombiano aquella distinción natural de facultades entre jueces y árbitros que antes veíamos, pareciera dilucidarse para darse paso a la posibilidad de que estos últimos pudieran incluso ejecutar las decisiones cautelares.

La razón a tan extravagante postura comienza con la interpretación interna que se le ha dado al artículo 116 inciso 4 de la CP que dice:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha entendido de forma amplísima la referencia a la función de administrar justicia contemplada en la norma constitucional anteriormente transcrita (art. 116); considera que la misma supone que los árbitros actúan como verdaderos jueces transitorios, gracias a la investidura temporal para administrar justicia que les otorga la CP. Buenos ejemplos de aquella interpretación son: la sentencia C-294/95¹² que estudia la constitucionalidad del artículo 2 Decreto 2651/1991, donde se permite que las excepciones de mérito que se ventilen en un proceso de ejecución sean resueltas por la vía arbitral; la C-431/95¹³ que revisa, entre otras normas, la constitucionalidad del artículo 32 Decreto 2279/1989 (convertido en el art. 152 Decreto 1818/1998), que consagra la adopción de medidas cautelares en el arbitraje; y la sentencia de unificación SU-174/2007¹⁴, que reitera los argumentos de las dos decisiones anteriores.

12 M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, del 6 de julio de 1995.

13 M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, del 28 de septiembre de 1995.

14 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, del 14 de marzo de 2007.

Dictadas con tan solo casi tres meses de diferencia, la C-294/95 y la C-431/95, coinciden en los argumentos que precisamente las conducen a concluir la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas. Así, parten de la base de que en Colombia por mandato constitucional los árbitros comparten los mismos poderes, deberes y facultades que los jueces. Y al mismo tiempo, advierten lo que vendrá a constituir el eje central del porqué en Colombia, como se verá más adelante, puede llegarse a aceptar que los árbitros practiquen, sin apoyo judicial, las medidas cautelares: es la ley, por mandato constitucional, la que va a determinar:

...a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios¹⁵.

Hacen énfasis en que:

...todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, *“en los términos que determine la ley”*¹⁶.

En la Sentencia C-431/95 incluso se llega a plantear, con total claridad, la posibilidad de que, siempre que la ley no lo prohíba, los árbitros podrán conocer “...asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución...”, toda vez que la CP no estipula lo contrario. Exactamente dice:

15 Sentencia C-431/95, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, del 28 de septiembre de 1995.

16 Sentencia C-294/95, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, del 6 de julio de 1995.

...no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están *excluidos* del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando *tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?*

En pocas palabras, en Colombia corresponde al legislador fijar cuáles serán las funciones que los árbitros podrán realizar, toda vez que no existe en la CP ningún tipo de restricción. Así, la Sentencia C-294/95 se adentra en lo dispuesto por la ley respecto a las funciones de los árbitros, encontrando que la única limitación de actuación que se contemplaba en su momento, y que aún hoy, aunque contenida en otro instrumento aún sigue siendo la única restricción de funciones, es la ejecución de los laudos, que será competencia exclusiva de los jueces (art. 129 Ley 446 de 1998). Por lo tanto, entiende la Corte que los árbitros, como los jueces, gozarán, excepto de la función de ejecutar, de todas las demás. Es decir: decisión, coerción y documentación, pero esto únicamente porque la ley así lo determina.

Este razonamiento lo realiza la Corte con ocasión del análisis de la facultad legal de los árbitros de adoptar medidas cautelares; sin embargo, no se especifica en la sentencia si su práctica se debe encuadrar en aquella única salvedad referida a la ejecución del laudo, solamente dice que cuando un árbitro decreta medidas cautelares:

...lo único que está haciendo es uso del poder de coerción con miras a lograr la efectividad de su decisión; al hacerlo, en ningún momento está usurpando una competencia que no le corresponda en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria.

Podría criticarse lo escueto de las razones dadas por el máximo Tribunal Constitucional del país, por la falta de

claridad sobre uno de los aspectos sustanciales de la cuestión debatida; como quiera que no expresa si la ejecución de las medidas cautelares queda restringida o no al ámbito judicial. Sin embargo, una postura en tales términos solamente estaría desconociendo el verdadero papel de la Corte Constitucional de Colombia: interpretar las leyes al tenor de la CP de 1991. En su génesis, no es este Tribunal el encargado de dar contenido a las normas dictadas por el legislador, tampoco de aclarar las cuestiones problemáticas propias de la interpretación legal.

Nos encontrábamos entonces frente a una importante laguna normativa en torno a las funciones arbitrales que el artículo 152 Decreto 1818/1998 contemplaba a cargo de los árbitros.

A nuestro juicio, la determinación de si las cautelares pueden ser o no practicadas por los árbitros, debe comenzar por aclarar si las decisiones cautelares que dictan los árbitros en Colombia se consideran o no laudos; pues al no existir impedimento constitucional para que los árbitros ejecuten, habría que intentar encuadrar la prohibición de que practiquen medidas cautelares, en la única prohibición que tienen, la de ejecutar laudos.

Y al ser esta una cuestión que ya veíamos en su momento, es a nuestro juicio acertado afirmar que, aunque el legislador no se refirió a estas decisiones como laudos, a efectos de ser ejecutados sí tendrán que ser considerados como tales, para así entender que su ejecución se surte por la vía judicial. Además, y a pesar de que la CP no lo contempla, no puede desconocerse que la función ejecutiva, cuando implica el uso de la fuerza pública, debe estar en cabeza exclusiva de las instituciones permanentes del Estado, lo contrario sería un camino por el que "...fácilmente se le podría buscar sustento constitucional a la autotutela o a la autodefensa de los particulares"¹⁷.

Sin embargo, la falta de claridad legal acerca de sí los árbitros pueden o no ejecutar sus decisiones cautelares, bajo un

telón de fondo de decisiones jurisprudenciales que legitiman casi completamente en cabeza de los árbitros todas las funciones previstas para los jueces, ocasiona que en la práctica se acepte por la mayoría que en Colombia los árbitros sí pueden ejecutar medidas cautelares¹⁷.

Así las cosas, dada la indeterminación legal en torno a si las decisiones cautelares son o no laudos, queda en manos del intérprete directo, es decir, del árbitro, la decisión de si es o no competente para ejecutar forzosamente las mismas. Sin duda, y conforme a lo expuesto hasta aquí, en el arbitraje colombiano urge una modificación legal al respecto que señale hasta dónde van las funciones de los árbitros y aclare la participación de los jueces en el arbitraje.

En la actual ley de arbitraje colombiano, Ley 1563/2012 se mantiene para el arbitraje nacional la competencia de los jueces de *ordenar* medidas cautelares, pero no se dice específicamente nada acerca de su ejecución (art. 32). Por el contrario, para el arbitraje internacional se dispone el régimen que a su turno contempla la Ley Modelo y la Ley española, es decir, la ejecución en cabeza exclusiva de la autoridad judicial (art. 88).

En un ordenamiento jurídico como el colombiano, en donde la CP, según la Corte Constitucional, deja en libertad a la ley para que fije los límites a la función de los árbitros de administrar justicia, resulta contraproducente el texto del artículo 32 Ley 1563/2012 para el arbitraje nacional con ocasión de las medidas cautelares, toda vez que en la práctica los Tribunales arbitrales, excusándose en dicha interpretación, pueden asumir que la generalidad de los términos empleados en la remisión a la Ley procesal no

17 Salvamento de Voto de EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, a la Sentencia C-431/95, de 28 de septiembre de 1995.

18 En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, ob. cit., p. 1049.

significa cosa distinta a que la ejecución continúa recayendo en sus manos.

II. RÉGIMEN LEGAL

En los regímenes arbitral español y colombiano la normativa de ejecución a aplicar dependerá del instrumento jurídico que contenga la decisión cautelar: auto o laudo, lo cual viene condicionado a su vez por quien haya adoptado la misma: juez o árbitro, respectivamente.

En España, cuando el árbitro al acceder a la solicitud del demandante cautelar, adopta una medida que no ha sido o no puede ser cumplida voluntariamente por el demandado afectado con la misma, para su ejecución deberá seguirse lo que sobre ejecución forzosa dispone la LEC 1 / 2000, por indicación expresa del artículo 44 Ley 60 / 2000, a quien a su vez reenvía el artículo 23 de la misma normativa¹⁹. La claridad con la que está expuesta en la Ley 60 / 2003 tal remisión, hace que consideremos que no tiene sentido alguno plantearse la posibilidad de aplicar a la ejecución de los laudos arbitrales, las normas especiales que en materia de la ejecución de los autos cautelares contempla la LEC 1 / 2000²⁰.

Desde la primera norma del Libro III “de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares”, artículo 517 LEC 1 / 2000, se contempla a los laudos o resoluciones arbitrales como títulos que tienen “...aparejada ejecución...” y, en consecuencia, dan lugar directamente a la acción ejecutiva. Esto ha sido aplicado directamente por la jurisprudencia, ejemplo de

19 FRANCO ARIAS, J.: “La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., pp. 176-178.

20 En sentido contrario, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 256-257, que si realiza un análisis al respecto, para finalmente aceptar que la normativa a aplicar en el caso concreto será la propia del Libro III sobre ejecución forzosa.

ello es la AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo²¹, que dice que:

...el laudo, una vez firme, produce efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 44 y ss. LA 2003 y 517.2.2º LEC), de modo que... el acreedor puede instar la ejecución forzosa que sigue las normas reguladoras de la ejecución de títulos judiciales, a los que aquellos se asimilan.

Sin lugar a dudas, esta remisión a las normas sobre ejecución forzosa de la LEC 1/2000 es cuestionable, toda vez que ni siquiera a las medidas cautelares que se dictan en los procesos ordinarios (Título VI, Libro III) se les aplica estas disposiciones, salvo analogía o remisión expresa legal²². En la doctrina, CUCARELLA GALIANA señala abiertamente que

...ha sido un error que el legislador no haya previsto un régimen especial para la ejecución de estas decisiones, pues la remisión a las normas sobre ejecución de laudos relativos al fondo del asunto, ocasiona graves problemas interpretativos²³.

De otra parte, si la medida cautelar que debe ser ejecutada ha sido dictada por un juez, tendrá que estarse a lo dispuesto en el artículo 738 de la misma norma procesal general, que no contempla un procedimiento único para ejecutar las medidas cautelares. Refiriéndose exclusivamente al embargo preventivo, la administración judicial y la anotación preventiva, reenvía en cada caso concreto a normas, bien especiales (caso del registro), bien del mismo cuerpo legal²⁴.

21 B. D.: Westlaw (JUR 2011/227932).

22 Ver, ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., p. 321.

23 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 337.

24 Para un estudio pormenorizado de estas, ver: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, ob. cit., pp. 703-753.

III. EJECUCIÓN LAUDO CAUTELAR

La autoridad que tienen los árbitros para adoptar medidas cautelares, quedará materializada en los laudos que estos adopten, los que necesariamente, debido a la ausencia de *potestas* de aquellos, deberán ser ejecutados por la jurisdicción.

1. Juez competente

El artículo 8 Ley 60/2003 –siguiendo al artículo 6 de la Ley Modelo–, dispone algunas reglas de competencia para determinar los jueces facultados para intervenir en el arbitraje. Sin embargo, y aun cuando este artículo 8 se titula *Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje*, no se contemplan en este precepto, aquellas reglas para fijar el juez competente en cada caso concreto; precisamente, no establece lo relativo a la competencia para ejecutar medidas cautelares.

Aunque por razones de técnica legislativa lo preferible sería que la competencia para ejecutar el laudo que ordena la medida cautelar se hubiese recogido expresamente en el artículo 8 Ley 60/2003, tan aparente escollo tiene solución más adelante, cuando el artículo 23 –que regula lo relativo a las medidas cautelares en el arbitraje–, ordena en su numeral segundo que: “A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”²⁵.

Lo anterior significa que del laudo arbitral que adopta medidas cautelares conocerá, para efectos de ejecución, el

25 No siguió el legislador español a la Ley Modelo en este sentido, precisamente porque esta guardó silencio respecto al mismo; situación que cambió con las enmiendas al mismo artículo 17 de esta ley en el año 2006. Al respecto ver: BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, ob. cit., pp. 236-238, 265-273.

juez a su vez competente para ejecutar el laudo que resuelve la controversia, que de acuerdo con el artículo 8.4 Ley 60/2003, será el "...Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil" ²⁶.

Antes de la reforma a la Ley 60/2003 por la Ley 11/2011, la disposición comentada (art. 8.4 Ley 60/2003) remitía al artículo 958 de la LEC de 1881, a efectos de determinar las normas de competencia en la ejecución forzosa de laudos extranjeros. Sin embargo, y por fortuna²⁷, esta remisión fue suprimida expresamente por la Ley 11/2011, al carecer de efectos en virtud de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que contempló en su artículo único, once, una nueva redacción para el artículo 85.5 LOPJ, a partir del cual los competentes para conocer del reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones judiciales y extranjeras, serán los Jueces de Primera Instancia (por lo que es necesario recurrir primero al trámite del exequátur del laudo extranjero contemplado en el artículo 46 Ley 60/2003).

Así las cosas, conforme el artículo 8.4 Ley 60/2003, el juez competente para ejecutar, en este caso laudos cautelares, es el Juez de Primera Instancia del lugar donde aquel haya sido dictado.

La norma arbitral antes transcrita remite a su vez al artículo 545 LEC 1/2000 que fija la competencia en materia de

26 Algunas decisiones judiciales en las que se ha aplicado esta disposición: AAP de Madrid (secc. 14) n.º 156/2011, de 19 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/347823); AAP de Madrid (secc. 18) n.º 140/2011, de 5 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/309739); AAP de Madrid (secc. 9) n.º 109/2011, de 16 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/238888); AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 45/2011, de 12 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2011/402742); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/227932); AAP de Madrid (secc. 10) n.º 35/2011, de 26 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2011/127296).

27 En este sentido, PARDO IRANZO, V.: "Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral", en *Revista General de Derecho Procesal*, ob. cit.

ejecución, la cual no plantea regla distinta a la establecida en la Ley arbitral. Solamente cabe anotar que a partir de la modificación efectuada a este artículo por la Ley 13/2009, el mismo especifica que tal competencia abarca la facultad para denegar y autorizar la ejecución y, por ende, el correspondiente despacho.

En la ley de arbitraje colombiana, Ley 1563/2012, se plantea expresamente que la ejecución de las medidas cautelares que se dicten al interior de un arbitraje internacional, será competencia exclusiva del Juez Civil del Circuito, o del Juez Administrativo cuando una de las partes sea una entidad estatal colombiana (art. 68). Sin embargo, en el artículo referente a la adopción y práctica de medidas cautelares en un arbitraje nacional (art. 32), no se especifica quienes tienen la competencia para ejecutar forzosamente las mismas, solamente se reenvía de forma genérica al CPC y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para todo lo concerniente "...al decreto, práctica y levantamiento de las medidas".

Apostamos por entender que la normativa colombiana ordena que, tanto la ejecución de las medidas cautelares dictadas en un arbitraje interno como en uno internacional son competencia exclusiva de la jurisdicción. No tendría ningún fundamento sostener que mientras en un arbitraje internacional los jueces son los únicos que pueden ejecutar medidas cautelares, en un arbitraje nacional dicha competencia le pertenece a los árbitros.

Sin embargo, no podemos dejar de criticar la redacción del artículo 32 Ley 1563/2012, que no aclara la delimitación de competencias entre los árbitros y los jueces con ocasión de las medidas cautelares adoptadas en el marco de un arbitraje nacional; confusión que resulta de la estructura misma de aquel, al contemplar un régimen dualista.

En todo caso, juzgamos conveniente entender que el polémico artículo 32 que dispone lo relativo a las medidas cautelares, también ordena que cuando se deba ejecutar

forzosamente las cautelas será necesario acudir ante la jurisdicción, y al resultar que en esta misma norma se reenvía a la norma procesal general, habrá que aplicarse el artículo 306 CGP que señala expresamente: “La jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación, de acuerdo con las normas generales de competencia y trámite de cada jurisdicción”.

En el Capítulo IV de la Ley 1563/2012 sobre el laudo arbitral y los “recursos”, nada se dice en torno al juez competente para resolver la anulación del laudo arbitral. Por tanto hay que mirar, nuevamente al CGP para conocer quién es la autoridad encargada de resolver aquel “recurso”. En esta vía nos encontramos el artículo 31 que enuncia la competencia de las salas civiles de los Tribunales Superiores del Distrito Judiciales y en su numeral 5 dispone: “Del recurso de anulación contra laudos arbitrales que no esté atribuido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Al mismo tiempo, la competencia territorial viene dada por el artículo 28 CGP que, según el tipo de controversia, determina quién habrá de ser el juez competente territorialmente.

Así las cosas, el juez competente para ejecutar los laudos cautelares que se dicten bajo la Ley 1563/2012, dependerá de si se trató de un arbitraje nacional o internacional. Si es del primer tipo, el competente será la sala civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial. Si es del segundo, será el Juez Civil del Circuito, o del Juez Administrativo cuando una de las partes sea una entidad estatal colombiana. Una vez más se evidencian las dificultades y desigualdades que presenta un régimen arbitral dualista.

1.1. Control de oficio de la competencia objetiva y territorial

No se contempla en el Libro III de la ejecución forzosa y de las medidas cautelares LEC 1/2000, alguna disposición que

haga mención al control que debe realizar el juez sobre la competencia objetiva; sin embargo, esto no es óbice para afirmar que en materia de ejecución de laudos arbitrales, en este caso cautelares, sí cabe tanto la revisión oficiosa de este tipo de competencia por parte del juez que esté conociendo el asunto, como la declaración de incompetencia, siempre que se constate en cualquier momento del proceso²⁸.

Lo anterior en virtud de la norma procesal general sobre competencia ubicada en el artículo 48 LEC 1/2000²⁹, que irradia este tipo de procesos, como ya se mencionó, no hay disposición particular al respecto.

De otra parte, respecto a la competencia territorial, el artículo 54.1 LEC 1/2000 establece que las reglas fijadas en la ley sobre aquella competencia tienen carácter dispositivo³⁰. Señala como excepciones los casos planteados en unos numerales específicos del artículo 52 (1, 4, 15) del mismo catálogo legal, y los demás a los que la Ley procesal general u otra atribuyan expresamente carácter imperativo.

28 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 375; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1901 (ya lo decía en PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, 1.ª ed., Aranzadi, 2010, p. 35); CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)* ob. cit., p. 256.

29 Algunos autos recientes donde se evidencia la aplicación de tal artículo: AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 102/2011, de 13 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/393481); AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 130/2011, de 20 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/362240); AAP de Sevilla (secc. 6) n.º 262/2011, de 19 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/384921); AAP de Madrid (secc. 28) n.º 113/2011, de 18 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/308516); AAP de Valencia (secc. 9) n.º 181/2011, de 9 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/281284).

30 Ejemplo de los autos donde se hace eco de esta disposición: ATSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, n.º 21/2011, de 14 de marzo, B. D.: Westlaw (RJ 2011/3270); ATSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, n.º 185/2010, de 25 de noviembre, B. D.: Westlaw (RJ 2011/549); ATSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, n.º 44/2010, de 3 de noviembre, B. D.: Westlaw (AC 2011/1099); AAP de Madrid (secc. 9) n.º 234/2010, de 21 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/16908); AAP de Castellón (secc. 3) n.º 170/2010, de 24 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/25081).

La regla de competencia territorial en materia de la ejecución de los laudos arbitrales, que está en cabeza del Juez de Primera Instancia del lugar donde se hubieren dictado los mismos, no se encuentra dentro de las excepciones contempladas en el artículo 52 LEC 1/2000. Tampoco se manifiesta expresamente su carácter imperativo en los preceptos 545 LEC 1/2000 y 8.4 Ley 60/2003 que establecen tal regla.

De acuerdo con lo anterior, se concluiría que esta regla de competencia territorial sería dispositiva, en la medida en la que no ha manifestado expresamente su carácter imperativo, ni tampoco la ha encuadrado en alguna de las situaciones que según el artículo 52 gozan del mismo carácter. En consecuencia, las partes, bien sea por medio de la sumisión tácita o expresa que regulan los artículos 55 a 57 LEC 1/2000, tendrían la libertad para determinar el juez territorialmente competente para conocer de la ejecución de los laudos arbitrales, en nuestro caso concreto, de aquellos con contenido cautelar³¹.

Sin embargo, cuando estudiamos la normativa procesal general sobre la ejecución forzosa, aplicable en la ejecución de este tipo de laudos, encontramos una figura que necesariamente cuestiona ese carácter dispositivo de la regla de competencia territorial vista. Nos referimos al control oficioso de la competencia territorial, que el tribunal ante quien se ha presentado la demanda ejecutiva deberá realizar antes de despachar ejecución, para analizar si "...conforme al título ejecutivo y demás documentos que se acompañan a la demanda...", es competente territorialmente (art. 546.1 LEC 1/2000)³².

31 Así lo considera, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 265-267.

32 Algunas decisiones judiciales recientes donde se aquel control oficioso de competencia: AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/227932); AAP de Madrid (secc. 18) n.º 213/2010, de 14 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/17845).

Las razones por las cuales el control oficioso de la competencia territorial que ordena la LEC 1/2000 con ocasión de la ejecución de los laudos, nos hacen sospechar el carácter imperativo de la regla de competencia territorial fijada por los artículos 545 LEC 1/2000 y 8.4 Ley 60/2003, son las siguientes.

Dice el artículo 546.1 LEC 1/2000, tal como lo expresamos *supra*, que el juez deberá determinar su competencia territorial del examen que haga del título ejecutivo y los demás documentos que acompañan la demanda. Esto debe significar, necesariamente, que los mismos ‘le hablarán al juez’ para indicarle si han sido o no dictados conforme a una regla; en este caso, la fijada previamente por el legislador general y también especial.

Si se afirma que la regla de competencia territorial que analizamos es de carácter dispositivo, tendría que entenderse legalmente válido que una parte presentara demanda ejecutiva ante el Juez de Primera Instancia de un lugar distinto de aquel en el cual se dictó el laudo. Bajo este supuesto el control oficioso de esta competencia que ordena la ley no tendría ningún sentido, toda vez que en el marco de una norma con carácter dispositivo, la competencia del juez no viene determinada por el lugar donde ejerza sus funciones; lo que en pocas palabras significa que no podrá existir ningún juicio acerca de la competencia territorial.

En consecuencia, a nuestro juicio, aun cuando conforme el artículo 54.1 LEC 1/2000 la regla de competencia territorial para ejecutar un laudo sería de carácter dispositivo, la orden que el legislador da a los jueces de examinar de oficio su competencia territorial (art. 546.1 LEC 1/2000), solo puede deberse al carácter imperativo de las reglas que fijan tal competencia³³.

33 A favor del carácter impositivo de la regla de competencia para conocer de la ejecución de los laudos arbitrales, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*,

1.2. Declinatoria

El artículo 547 LEC 1/2000 le otorga la facultad al ejecutado de impugnar vía declinatoria, "...la competencia del tribunal...". Para ello, la norma dispone un plazo de cinco días a partir de que se efectúe la primera notificación del proceso de ejecución, y remite al artículo 65 del mismo catálogo legal para lo relativo a la sustanciación y decisión de la petición señalada³⁴.

Es necesario puntualizar varias cuestiones con ocasión de la aplicación de la declinatoria a los laudos cautelares. La primera versa sobre la indeterminación del legislador en torno al tipo de competencia que puede alegarse por el ejecutado en la declinatoria; y la segunda, respecto al término que otorga la ley al ejecutado para presentar la misma.

Acerca del tipo de competencia que pueda alegarse cuando se pretende la declinatoria, es posible defender una de las siguientes dos posturas. La primera, acerca del carácter restringido de la declinatoria a la competencia territorial, en la medida que el artículo precedente a la norma en cuestión, (art. 547 LEC 1/2000), se refiere a este tipo de competencia; la segunda, que a nuestro juicio es la que resulta correcta, respecto a su carácter abierto, es decir, podrá intentarse declinatoria tanto por cuestiones de competencia objetiva como territorial, pues se entiende que si el legislador hubiera querido limitar la posibilidad de declinatoria de un tipo de competencia específica, como lo contempló en la

ob. cit., pp. 35-39; CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 256; REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 583; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1341.

34 Ver, ATS, Sala de lo Civil (secc. 1) n.º 13/2006, de 10 de marzo de 2006, B. D.: Westlaw (RJ 2006/2306); AAP de Madrid (secc. 20) n.º 124/2011, de 19 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/248146).

propia LEC 1/2000 (art. 49) al disponer con carácter general la declinatoria sobre la competencia objetiva, así lo habría dispuesto³⁵.

El otro aspecto sobre el que vale la pena detenerse, es el del término que otorga la ley al ejecutado para procurar la declinatoria. El artículo 547 ordena que tal periodo de tiempo (cinco días), se comience a contar a partir del día siguiente en el que el interesado reciba la primera notificación del proceso de ejecución. Puesto que aquella no podrá ser otra distinta del auto que autoriza y despacha ejecución, y del decreto respectivo dictado por el secretario, nos sorprende la generalidad de los términos empleados por el legislador. En aras de la claridad de la ley, hubiese sido oportuna una mayor especificidad en el precepto antes visto.

Por último, hemos dicho que el propio artículo 547 LEC 1/2000 que contempla la declinatoria, hace una remisión directa y exclusiva al artículo 65 de la misma ley, el cual, también dijimos, se refiere a la sustanciación y decisión de aquella petición.

A diferencia de la incertidumbre legal que plantea la norma especial de la declinatoria en el proceso ejecutivo en ciertos aspectos, es de justicia manifestar que en torno a tal remisión la norma es taxativa y clara, no da lugar a dudas y, por tanto a nuestro juicio, no resulta procedente ni útil, preguntarse –cómo hacen algunos autores,³⁶– acerca de la aplicación o no de las demás normas que acompañan a la norma general sobre declinatoria (arts. 63 y 64 LEC 1/2000).

35 En esta misma línea, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., p. 35.; MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 267-268; REMÓN PEÑALVER, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 608-609; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1341.

36 MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 267-268.

1.3. La antigua competencia de los Jueces Mercantiles

Antes de la Ley 11/2011 y de la LO 5/2011 que la complementa, los Jueces Mercantiles eran también competentes, junto con los Jueces de Primera Instancia, para conocer de la ejecución de los laudos arbitrales, lo cual dificultaba la determinación en cada caso concreto del órgano competente.

En virtud de la LOPJ (art. 86.ter.2.g) los Jueces Mercantiles eran competentes para conocer de aquellos asuntos que el artículo 8 Ley 60/2003 les atribuía a los Jueces de Primera Instancia, siempre que en el proceso arbitral se conocieran asuntos referidos a las materias enunciadas en el artículo de la LOPJ señalado *supra*³⁷.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el artículo 8.4 original se disponía que el juez competente para conocer de la ejecución forzosa de los laudos arbitrales sería el Juez de Primera Instancia, resultaba consecuente afirmar, de acuerdo con lo antes visto, que también lo sería el Juez Mercantil siempre que se cumpliera la condición ya mencionada: que el asunto sometido al arbitraje fuera de los dispuestos en el artículo 86.ter.2.g LOPJ³⁸.

Esta nueva norma de competencia ocasionó, con razón, malestar en la doctrina, dado que si bien se encontraba justificada la participación de jueces especializados cuando el asunto lo requiriera, por ejemplo, la práctica de pruebas; no ocurría lo mismo cuando la actuación que se esperaba de la autoridad no necesitara la aplicación de los conocimientos de los que tales jueces mercantiles resultaban expertos,

37 Ver, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M.: *Los nuevos tribunales de lo mercantil*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, pp. 143-146; BANACLOCHE PALAO, J.: *Los juzgados de lo mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Navarra, Thomson Civitas, 2005, pp. 215-216.

38 FRANCO ARIAS, J.: "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003", en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., p. 178.

caso en el que precisamente se encuadraba la actividad de la ejecución forzosa.

A partir de la derogación expresa que hace la LO 5/2011 de la letra g) del apartado 2 del artículo 86 ter LOPJ, los Jueces Mercantiles no tienen competencia para intervenir en el arbitraje³⁹; y por tanto, afirmamos que los competentes para ejecutar las medidas cautelares adoptadas en un laudo arbitral son, exclusivamente, los Jueces de Primera Instancia del lugar donde este haya sido dictado.

1.4. Postulación

La Ley de arbitraje española guarda silencio en torno a la necesidad de postulación procesal en la ejecución forzosa de laudos⁴⁰; en consecuencia, para determinar si esta es o no necesaria cuando se pretenda ejecutar un laudo cautelar, es preciso acudir a lo dispuesto en la norma procesal general.

De acuerdo con el artículo 539.1 LEC 1/2000, en el proceso de ejecución las partes "...deberán estar dirigidas por Letrado y representados por Procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales".

No nos queda duda de la intención del legislador cuando contempló la salvedad del artículo 539 en comento, la cual era permitir que aquellas excepciones que existieran al respecto en la propia LEC 1/2000, encontraran cobijo en aquella disposición.

Como consecuencia de la norma anteriormente transcrita, y puesto que para la ejecución de laudos cautelares deben aplicarse las normas propias contempladas en la LEC 1/2000

39 A favor de la supresión de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil en materia arbitral realizada por la LO 5/2011, PARDO IRANZO, V.: "Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral", en *Revista General de Derecho Procesal*, ob. cit.

40 FRANCO ARIAS, J.: "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003", en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., p. 183.

para la ejecución forzosa de las sentencias, podría concluirse, en principio, que solo cuando la ejecución de los laudos esté exceptuada de estar integrada por letrado y procurador, esta podría llevarse a cabo sin presencia de los mismos.

Sobre esta discusión se han detenido la doctrina y la jurisprudencia, encontrándose un sector que considera que las decisiones adoptadas en los procesos arbitrales hacen parte de aquellas exceptuadas por la ley, en la medida que, en tales procesos no se requiere obligatoriamente de la integración de la postulación procesal⁴¹; así por ejemplo la SAP de Madrid (secc. 12) n.º 424/2011, de 9 de junio⁴², manifiesta expresamente que

...el laudo arbitral no precisa para su ejecución de abogado ni de procurador con arreglo al artículo 539.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el procedimiento arbitral no precisa de tales profesionales con carácter preceptivo⁴³.

Dentro de esta corriente, hay quien, desde la doctrina, recomienda a las partes actuar bajo dirección letrada, así por ejemplo BUSTO LAGO lo propone: "...habida cuenta de la complejidad técnica que puede llegar a revestir el proceso de ejecución del laudo arbitral"⁴⁴.

41 SENÉS MOTILLA, C.: "Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., pp. 301-302; FRANCO ARIAS, J.: "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003", en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., pp. 184-185; REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 605-607.

42 En B. D.: Westlaw (JUR 2011/291098).

43 En el mismo sentido, SAP de Valencia (secc. 7) n.º 673/2010, de 27 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/120531); SAP de Valencia (secc. 11) n.º 630/2010, de 23 de diciembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/120598); SAP de Asturias (secc. 7) n.º 198/2010, de 23 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2010/253563).

44 BUSTO LAGO, J. M.: "El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7, 2010, B. D.: [www.westlaw.com], BIB 2010/2168, En la misma línea, CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 254.

Frente a esta postura, otros autores y otras decisiones judiciales sostienen que no puede entenderse que dentro de aquella salvedad pueda existir alguna otra referida al proceso arbitral, en la medida en la que el descargo al que hace referencia el artículo 539.1. LEC 1/2000, está pensado para aquellos procesos dictados exclusivamente en sede jurisdiccional. En consecuencia, se decantan por afirmar que la postulación si es necesaria al momento de ejecutar los laudos⁴⁵. Así por ejemplo, la sentencia 205/2010, de 2 de julio, de la AP de Valladolid, expresamente dice:

El proceso establecido para el ejercicio de la acción de anulación de un laudo arbitral regulado en la Ley de Arbitraje no es un juicio verbal puro de cuantía y no está excluido de la reglas de postulación de los artículos 23 y 32 de la L. E. Civil⁴⁶.

Existe también una línea doctrinal intermedia, que apuesta por determinar en cada caso concreto el deber de integrar la postulación, teniendo en cuenta o bien como hubiese sido la situación del caso resuelto por el arbitraje en un escenario de proceso civil, o bien, la cuantía a efectos de la ejecución⁴⁷.

45 PARDO IRANZO, V.: “Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral”, en *Revista General de Derecho Procesal*, ob. cit. (Ya lo decía en PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1884-1886, y, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., p. 49). También, ACHÓN BRUÑEN, M. J.: “Elevación de la cantidad para exigir abogado y procurador: efectos de la Ley 4/2011 y problemas todavía no resueltos”, en *Diario La Ley*, n.º 7645, año XXXVII, ref. D-233, 6 de junio de 2011, *La Ley* 11432/2011, B. D.: [www.diariolaley.es]; quien ya lo decía en: “Intervención de Abogado y Procurador en los procesos de ejecución: supuestos conflictivos”, en *Diario La Ley*, n.º 7274, año XXX, ref. D-340, 2 de noviembre de 2009, *La Ley* 18789/2011, B. D.: [www.diariolaley.es]; LORCA NAVARRETE, A. M.: *Tratado de derecho de arbitraje*, ob. cit., pp. 597-598.

46 En B. D.: Westlaw (JUR 2010/288976). En el mismo sentido se habían pronunciado: AAP de Madrid (secc. 8) n.º 51/2011, de 14 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/168079); AAP de Madrid (secc. 8) n.º 276/2011, de 27 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/288702).

47 COLMENERO GUERRA, J. A.: “La ejecución forzosa de los laudos arbitrales”, en *La ejecución civil*, ob. cit., pp. xxx; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 44”,

De las posturas fijadas anteriormente, resulta más contundente la segunda, a nuestro juicio, en la medida en que, si bien afirma que la excepción planteada en el artículo 539 LEC 1/2000 no es de aplicación en el arbitraje, sí considera obligatoria la transposición de la norma general en ella contenida, que precisamente ordena la integración de la postulación cuando se quiera ejecutar, en este caso, laudos cautelares.

Es sabido que el régimen de la ejecución forzosa de la LEC 1/2000 es de 'imputación' forzosa a los laudos, en virtud de la norma remisoría de la propia Ley 60/2003. Sin embargo, también resulta evidente que las disposiciones legales de la Ley procesal general no han sido pensadas para ser utilizadas en un régimen arbitral; y por ello, su aplicación debe ser cautelosa.

Desde nuestro punto de vista, al ser obligatoria la integración de la postulación cuando de ejecución de laudos cautelares se trate, la forma como va a operar la misma tiene que seguir necesariamente lo dispuesto en la LEC 1/2000 (arts. 23 y ss.), que precisamente contempla para aquellos juicios cuya cuantía no exceda de 2000 euros, una excepción general a tal integración.

El monto que configura la excepción es producto de la reforma surtida por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, *de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorios y de escasa cuantía*, que sustituyó la cifra anterior de 900 euros. Apesar de la novedad de esta modificación, no dudamos de su utilidad en materia arbitral. Ya la doctrina hacía eco, bajo el anterior monto, de la repercusión favorable del mismo en la tutela judicial efectiva de aquellos sujetos inmersos en procesos arbitrales de escasa cuantía, típicos

en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERI LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1329.

del arbitraje de consumo, que valiéndose de la excepción planteada en los artículos 23 y 31 LEC 1 / 2000, no necesitaban integración de la postulación y, por tanto, no se veían en la obligación de repartir su ganancia, si la había, en el pago de la costas del procurador y el abogado⁴⁸.

Por otra parte, teniendo en cuenta que cuando se trata de la ejecución de laudos cautelares es posible que estemos al frente de laudos que envuelven no solo pretensiones de condena, sino también pretensiones merodeclarativas o constitutivas, creemos que, si bien esta excepción podría operar siempre que nos encontráramos frente a una cautela de condena que no supere la cifra señalada, cuando se trate de medidas cautelares de tipo constitutivo o merodeclarativo la misma no procedería, y por ende sería necesaria la postulación.

En Colombia, el derecho de postulación se encuentra contemplado en el artículo 73 de la norma procesal general, en los siguientes términos CGP: "...las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa". No existe entonces, como sí ocurre en España, la figura del procurador.

En sintonía con lo anterior, el artículo 2 Ley 1563/2012 dispone que las partes deben ir acompañadas por abogados en todos los arbitrajes, salvo en los pleitos en que por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera abogado ante los jueces ordinarios.

2. Título ejecutivo: laudo cautelar

El artículo 517.1 de la Ley procesal general española expresa: "La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga

48 Así lo consideraba, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 271-272.

aparejada ejecución”, y de esta solo gozan, según el mismo artículo en mención, las sentencias de condena *firme*, y los laudos o resoluciones arbitrales.

A simple vista, es llamativa la distinción que la norma antes señalada hace entre los dos títulos que contempla, en relación con el término *firme*, como quiera que mientras expresa la necesidad de que las sentencias gocen de firmeza, nada dice al respecto cuando se refiere a los laudos.

Originalmente el artículo 517 que previamente señalamos, empleaba el término *firme* tanto cuando se refería a sentencias como cuando mencionaba los laudos. Es a partir de la Ley 60/2003 (disposición final primera), cuando acertadamente en relación con las decisiones arbitrales, dicho calificativo se omite en la LEC 1/2000.

La razón del porqué el legislador español apostó por la distinción, se encuentra en el cambio que la Ley de arbitraje del 2003 supuso en la concepción de la anulación del laudo arbitral que, tal como lo vimos en el capítulo anterior, pasó de verse como un recurso a ser considerada una verdadera acción. En esa medida, dado que el laudo arbitral, a diferencia de las sentencias, no podría llegar a ser objeto de una segunda instancia, tendría necesariamente que entenderse que una vez este se dictara y notificara a las partes, se tornaría firme, definitivo y en consecuencia, susceptible de ser ejecutado forzosamente por la jurisdicción⁴⁹.

Así las cosas, si bien resultaba coherente la distinción entre una resolución judicial que se considerara firme y una que no lo fuera, no se justificaba utilizar la misma dinámica cuando se estuviera haciendo referencia a decisiones arbitrales, ya –que estas siempre, con o sin manifestación expresa, gozarían de la calidad de firmeza. Por lo tanto, y

49 Una posición contraria es la de COLMENERO GUERRA, J. A.: “La ejecución forzosa de los laudos arbitrales”, en *La ejecución civil*, ob. cit., pp. xxx, quien considera que la supresión del término firme en la Ley 60/2003, viene a significar que tanto los laudos definitivos como firmes, pueden ser ejecutados forzosamente.

en sintonía con lo anterior, nos resulta positivo y acertado la supresión del término *firme* en la LEC 1/2000, en relación con los laudos y resoluciones arbitrales.

En todo caso, la desaparición del término *firme* de la Ley procesal general, no ha estado exenta de polémicas en la doctrina y la jurisprudencia. Si bien la mayoría de los autores y AP se han decantado por entender que el laudo ostenta firmeza desde el mismo momento en el que se dicta⁵⁰, hay quienes aun ven la anulación como un recurso y, en consecuencia, plantean que aquello solo ocurre cuando se ha vencido el término para interponer la anulación sin haberse intentado la misma, o cuando habiéndose pretendido, se desiste de esta o la misma es denegada⁵¹. Así, se encuentran decisiones jurisprudenciales como el AAP de Madrid (secc. 18) n.º 140/2011, de 5 de julio⁵², que dice: “siendo el laudo arbitral firme, por cuanto que no consta que la parte

50 CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., p. 284; SENÉS MOTILLA, C.: “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., p. 287; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1891.

51 ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M.: “La controvertida firmeza del laudo”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., pp. 217-218; ORDEÑANA GEZURAGA, I.: “El arbitraje de consumo electrónico...eficaz gracias a la jurisdicción”, en *Diario La Ley*, n.º 7243, año xxx, ref. D-288, 17 de septiembre de 2009, La Ley 14032/2009, B. D.: [www.diariolaley.es]; ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “La suspensión del proceso de ejecución civil: problemática a la luz de las últimas reformas procesales”, en *Diario La Ley*, n.º 7379, año xxxi, ref. D-121, 13 de abril de 2010, La Ley 1291/2010, B. D.: [www.diariolaley.es]; BERROCAL JAIME, A.: “Las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante el último trimestre de 2003”, en *Diario La Ley*, n.º 5955, año xxv, 23 de febrero de 2004, B. D.: [www.diariolaley.es]; MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., p. 668; FRANCO ARIAS, J.: “La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., pp. 188-189; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1426.

52 En B. D.: Westlaw (JUR 2011/309739).

demandada tenga interpuesto frente al mismo recurso de anulación...⁵³.

También, hay quienes han entendido que la decisión del legislador se debió a la posibilidad de ejecutar incluso provisionalmente los laudos cautelares⁵⁴; encontrando una razón adicional para sustentar esta posición en el artículo 45 Ley 60/2003 que manifiesta: “1. El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación”.

No compartimos la anterior visión teniendo en cuenta que tal alternativa procesal está condicionada a la existencia de recursos viables contra la resolución que se pretende ejecutar, y si se tiene en cuenta que el arbitraje es de única instancia, y por ende, los laudos son irrecurribles, necesariamente habrá que concluir la improcedencia de intentar la ejecución provisional de los laudos en estos casos cautelares, aun cuando la redacción de disposiciones como la anterior puedan conducir al error⁵⁵.

53 En el mismo sentido, AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/227932); AAP de Madrid (secc. 8) n.º 177/2010, de 28 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2010/312012).

54 Así, CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 248-249, 275-291, y 339, quien sostiene que sí es posible solicitar la ejecución provisional del laudo cautelar impugnado; también, RIVES SEVA, J. M.: “Ejecución provisional de laudos arbitrales”, en *Práctica de Tribunales*, n.º 21, noviembre 2005, pp. 46-47; y el AAP de Madrid (secc. 19) n.º 224/2006, de 12 de septiembre; AAP de Madrid (secc. 19) n.º 225/2006, de 12 de septiembre; MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, ob. cit., p. 668; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1427.

55 En este sentido, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 394, afirma categóricamente la imposibilidad de hablar en este supuesto de tal ejecución; en la misma línea, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 54-55-69-139-153; BUSTO LAGO, J. M.: *El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución*, ob. cit. SÁNCHEZ POS, M. V.: “La nueva oficina judicial y el arbitraje (modificación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2010, B. D.: [www.westlaw.es], BIB/2010/824; LORCA NAVARRETE, A. M.: *La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción*

En Colombia, el artículo 88 Ley 1563/2012 señala que para la ejecución de las medidas cautelares los jueces actuarán de la misma forma prevista por la ley para la ejecución de providencias ejecutoriadas proferidas por autoridades judiciales colombianas, es decir, habrá que aplicar los artículos 302 y ss CGP.

2.1. La particular situación de los laudos cautelares declarativos y constitutivos

La LEC 1/2000 ha restringido el ámbito de aplicación de las normas sobre ejecución forzosa a las sentencias que envuelven una pretensión de condena⁵⁶, cuando en su artículo 521.1 dispone: “No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas”. Para estas últimas ordena su acatamiento por parte de los funcionarios sin necesidad de resolución judicial, e incluso contempla la posibilidad de que las partes interesadas soliciten al tribunal que conoció del asunto, la adopción de “...las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan” (art. 521.2-3; 522 LEC 1/2000).

Por su parte, la remisión de la Ley 60/2003 a las normas de ejecución forzosa de la LEC 1/2000 es simple, en la

de anulación ¿es definitiva o provisional?, ob. cit.; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 290, 298; SENÉS MOTILLA, C.: “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., p. 314; JIMÉNEZ GARCÍA, D.: “Comentario al artículo 45”, en *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (coord. DÍAZ-BASTIEN, E.), ob. cit., p. 232; REMÓN PEÑALVER, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 638.

56 CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 250; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1869-1870.

medida en que no hace depender la transposición de las mismas al tipo de pretensión que envuelve y caracteriza el título ejecutivo.

La cuestión es ahora, de acuerdo con el anterior panorama legal, determinar si esa disposición de la LEC 1/2000 que restringe la ejecución forzosa a los títulos de condena, es también de aplicación en el ámbito arbitral⁵⁷ y, en consecuencia, concluir que aquellos laudos cautelares que no conlleven una condena, no podrán ser ejecutados de acuerdo con las normas dispuestas para la ejecución forzosa en la norma procesal general.

A nuestro juicio la cuestión es sencilla. El artículo 521.1 LEC 1/2000 al que hacíamos referencia anteriormente, aunque norma general en materia de ejecución forzosa⁵⁸, y aun cuando haga parte del bloque que por remisión de la Ley arbitral se aplica a los laudos arbitrales, no es trasladable al arbitraje⁵⁹; la razón es la siguiente.

Partimos de la base que, aun cuando la Ley 60/2003 efectúe el reenvío al que hemos hecho alusión, esto no puede significar ni mucho menos la utilización, sin más, de las normas de la LEC 1/2000 en el arbitraje. Las disposiciones generales sobre ejecución forzosa no han sido creadas pensando en servir a resoluciones arbitrales; al contrario, se han propuesto a partir de una realidad jurídica distinta, en donde un juez dicta una sentencia que necesita ser ejecutada. La aplicación de las normas por remisión plantea serias dificultades de carácter interpretativo, porque exige

57 En este sentido, PARDO IRANZO, V.: "Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral", en *Revista General de Derecho Procesal*, ob. cit. Ya lo decía en, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 56-58.

58 En sentido contrario, COLMENERO GUERRA, J. A.: "La ejecución forzosa de los laudos arbitrales", en *La ejecución civil*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. xxx.

59 De opinión contraria, PARDO IRANZO, V.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1869.

al intérprete acomodar un precepto legal a una realidad similar, pero no exacta a aquella en la que se inspiró el mismo.

Al hilo de lo anterior, y aterrizando el análisis que nos ocupa, cuando el legislador en la norma referida *supra* (art. 521.1 LEC 1/2000) establece que solo se despachará ejecución a los títulos de condena, se refiere expresamente a las sentencias sin mencionar alguna disposición de carácter arbitral. De hecho, aun cuando han existido distintas reformas a las disposiciones relativas a la ejecución forzosa de la LEC 1/2000, que incluyen en sus apartados la referencia a las resoluciones arbitrales⁶⁰, esta disposición no ha sufrido ninguna modificación al respecto.

De admitirse que el artículo comentado debe aplicarse también en el arbitraje, nos encontraríamos ante un serio vacío legal en el que aquellas decisiones arbitrales, en este caso con contenido cautelar no condenatorio, no tendrían vía procesal predeterminada para ser materializadas, con las implicaciones jurídicas que en materia de inseguridad jurídica esto supondría.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la Ley 60/2003 no hizo ninguna precisión al respecto, y que las normas remisorias se refieren a un tipo de decisiones particulares, las emitidas por los órganos jurisdiccionales, no creemos aplicable a la ejecución de los laudos cautelares la restricción ordenada en la norma 521 LEC 1/2000. En consecuencia, a todos los laudos cautelares que necesiten actuación judicial para ser materializados, deberán aplicarse las normas relativas a la ejecución forzosa dispuesta en la Ley procesal general⁶¹.

Una situación similar a la anterior se presenta en Colombia, donde la norma procesal general propone un sistema de ejecución de providencias (art. 302 CGP), que nada dice en

60 Artículos 518, 545, 548, 549 LEC 1/2000, modificados por Ley 13/2009. Artículo 550, modificado por Ley 60/2003.

61 En esta misma línea, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 262-263.

torno a la ejecución de resoluciones arbitrales con contenido declarativo y constitutivo.

Sin embargo, al igual que sucede en el sistema español, lo anterior no debe ser óbice para concluir la imposibilidad de aplicar a la ejecución de las medidas cautelares el régimen de ejecución de providencias del CGP. No debe perderse de vista que, tal como sucedió con la LEC 1/2000, la ejecución forzosa contemplada en la Ley procesal general colombiana fue concebida para ser aplicada a todas aquellas sentencias judiciales y, por lo tanto, se debe ser cauteloso cuando las mismas disposiciones se intenten trasladar a los laudos.

3. Demanda ejecutiva

El principio de oportunidad que se asienta en la base del proceso civil precisa que este se pondrá en marcha cuando así lo decidan voluntaria y libremente quienes tengan intereses de carácter privado en conflicto⁶². En la misma línea estructural se ubica el principio dispositivo, en virtud del cual todo aquel que sea parte de una controversia que pivote sobre un derecho subjetivo de carácter privado, tiene la libertad de decidir si acude o no ante los Tribunales judiciales a solicitar su resolución⁶³.

Lo anterior conforma el círculo que nos permite comprender el porqué aquellos procesos al servicio de la resolución de controversias de carácter privado, necesitan de la voluntad de los sujetos de derecho para ponerse en marcha. Existe desinterés de la jurisdicción en resolver tales asuntos, toda vez que los mismos solo importan a los particulares que gozan de la libertad de decidir si acuden o no ante los jueces y tribunales para su resolución.

62 CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, ob. cit., pp. 19-21.

63 Ver, BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional 1. Proceso civil*, ob. cit., pp. 341-343; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, ob. cit., pp. 84-93.

Manifestaciones de lo anterior son precisamente las normas que, tanto en España como en Colombia, disponen lo necesario para dar inicio a un proceso ejecutivo. El artículo 549.1 LEC 1/2000 señala expresamente: “Sólo se despachará ejecución a petición de parte”, y el artículo 305 CGP manifiesta que: “Podrá exigirse la ejecución de las providencias...”.

Trasladar lo anterior a la ejecución del laudo cautelar, significa que el interesado en la intervención judicial -para tales efectos el acreedor de la medida cautelar- deberá acudir personalmente ante la jurisdicción a solicitar la misma, lo cual se explica por la asociación entre los principios de oportunidad y de disposición; y se justifica en materia de ejecución de resoluciones arbitrales, por el desconocimiento de la existencia del laudo cautelar que, por regla general, tiene la jurisdicción, debido a que no es allí donde se desarrolla el proceso arbitral. Por ende, resulta necesario que la solicitud de ejecución, en este caso del laudo cautelar, sea de carácter rogado.

3.1. Requisitos

La vía escogida por el legislador español para articular la solicitud de la ejecución de los títulos ejecutivos contemplados en el artículo 517 LEC 1/2000, entre ellos “los laudos o resoluciones arbitrales”, es la presentación de una demanda que, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 549.1 de la misma norma, debe indicar el título en el que se funda la petición y la tutela ejecutiva que se pretende. En materia de ejecución de los laudos cautelares, lo anterior significa la obligación de exponer en la demanda el laudo cautelar y la medida cautelar decretada por los jueces.

Además, conforme al artículo 550 LEC 1/2000 es necesario acompañar junto con la demanda ejecutiva, aquel título ejecutivo, es decir, el laudo cautelar y, porque así lo especifica la norma en cuestión, también deberán acompañarse los documentos acreditativos de su notificación a las partes y el

convenio arbitral⁶⁴. La exigencia legal de estos dos últimos documentos fue establecida en la Ley procesal general a partir de la Ley 60/2003, disposición final primera 2 que así lo contempla.

MALLANDRICH MIRET apuesta porque, en el caso de las medidas cautelares adoptadas sin audiencia de parte y con el argumento de alcanzar la efectividad de las cautelas, se interprete de manera laxa la norma referida anteriormente (art. 550 LEC 1/2000), en cuanto a que es legalmente válida la presentación de una demanda ejecutiva sin la documentación que acredite la notificación de la misma⁶⁵.

A lo largo de esta investigación doctoral hemos sido bastante críticos respecto a la adopción de medidas cautelares *inauditam parte*, por el atentado que tal forma de tutela cautelar supone contra los principios básicos procesales que, se espera estén inmersos en aquél proceso: audiencia y contradicción⁶⁶. También, hemos señalado la inexistencia en la Ley arbitral española y en la Ley Modelo –a la que esta mira– de una norma que contemple esta particular forma de tutela cautelar. Sin embargo, nos decantamos por aceptar que, en virtud de la autonomía de la voluntad y de la especial dirección que tienen los árbitros sobre el proceso, los mismos pueden llegar a autorizar medidas cautelares sin haber escuchado previamente a la contraparte.

No obstante, no compartimos la posición doctrinal planteada que propone que en aquellos casos que se trate de medidas adoptadas según la forma antes vista, el juez com-

64 FRANCO ARIAS, J.: “La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., pp. 179-183; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1893-1896.

65 MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 273-274.

66 VER, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, ob. cit., pp. 115-118.

petente para ejecutar el laudo cautelar puede excusar la no presentación, junto con la demanda, de los documentos que acrediten la notificación del mismo laudo.

No puede perderse de vista que el artículo 550 LEC 1 / 2000, que exige anexar a la demanda los documentos acreditativos de la notificación, es una norma con carácter imperativo, cuya estabilidad debe estar por encima del interés particular del ahora ejecutante.

Es cierto y así lo hemos dicho, que la interpretación de las normas procesales generales sobre ejecución forzosa, tendrá que acomodarse a las particularidades propias de los laudos cautelares, sin embargo, debe hacerse siempre en el marco de la garantía de unos principios procesales mínimos. Por lo tanto, en aras de una supuesta efectividad cautelar no puede acoplarse una norma general a un caso particular, aún más, cuando ante un supuesto similar en sede de la jurisdicción (medida *inauditam parte* adoptada por los jueces), la voluntad de la LEC 1 / 2000 ha sido la de notificar antes de la ejecución siempre que sea posible (art. 733.2)⁶⁷.

Además, debe entenderse que el requisito que ahora se discute: presentación de la documentación que atestigüe la notificación del laudo cautelar, no es un requerimiento fútil, al contrario, goza de especial importancia en la medida que la comprobación del mismo precisamente permite al juez constatar que el proceso, en este caso cautelar, se ha realizado con el respeto legal a los principios procesales básicos, como son el de igualdad y debido proceso, que, a su vez, entrañan la necesidad que tiene la parte que es juzgada de conocer todas aquellas actuaciones de autoridad que

67 Algunos autos en los que se plasma la concreción en los procesos judiciales de la norma supra enunciada: AAP de Madrid (secc. 25) n.º 125/2011, de 21 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/289517); AAP de Guipúzcoa (secc. 3) n.º 100/2010, de 15 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2010/416845); AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 44/2009, de 9 de febrero, B. D.: Westlaw (AC 2009/714).

le perjudiquen, como en este caso es una medida cautelar impuesta por un árbitro.

En pocas palabras, para intentar la ejecución forzosa de los laudos cautelares adoptados sin audiencia previa de las partes, al no existir norma que exceptúe la obligatoriedad de presentar junto con la demanda los documentos que acrediten la notificación del laudo cautelar, será necesario efectuar, a nuestro juicio, primero la notificación del mismo a la contraparte.

Siguiendo el análisis de los documentos que la LEC 1 / 2000 exige anexar a la demanda ejecutiva, es oportuno destacar que, al no haberse planteado estas disposiciones pensando en la ejecución de los laudos cautelares, sino, como mucho, en los laudos que resuelven la controversia final, no se encuentra entre los documentos que la ley ordena presentar cuando se intente la ejecución de un laudo cautelar, alguno que responda a un elemento característico de un proceso cautelar: la caución.

Cuando nos detenemos a analizar la procedencia o no de plantear de *lege ferenda* la exigencia del documento que acredite la prestación de la caución en cada caso concreto, lo primero a destacar es la voluntariedad de esta garantía. Así, y como tuvimos ocasión de analizar en capítulos anteriores, el artículo 23 Ley 60 / 2003 entraña la libertad que tendrán los árbitros de determinar en qué casos exigirán caución.

Así las cosas, no resultaría del todo consistente instar que se presente, junto con la demanda de ejecución, el documento que acredite la caución, que no es un requisito *sine qua non* para que los árbitros adopten medidas cautelares. De hacerlo, nos enfrentaríamos a la dificultad que se suscitara cuando el Tribunal arbitral no hubiese requerido del demandante una caución. ¿Tendría entonces que obligarse al ahora ejecutante a demostrar que aquella ha sido la voluntad de los árbitros?; ¿cuál sería la vía para ello?

La no obligatoriedad de la caución, como elemento para conceder una medida cautelar en sede arbitral, hace que

nos decantemos por no proponer de *lege ferenda* la exigencia de la documentación que acredite, cuando proceda, el otorgamiento de la misma⁶⁸.

La norma procesal general colombiana no dice expresamente nada en torno a los requisitos que debe reunir la demanda ejecutiva de un laudo, en consecuencia, es necesario revisar la propia ley arbitral por si acaso allí hubiera algún requisito que debiera acompañar la demanda de ejecución del laudo.

En el plano del arbitraje internacional la Ley 1563/2012 deja ver qué documentos deben anexarse a la demanda ejecutiva, cuando expresa en el artículo 89 la posibilidad de que el juez de oficio al estudiar la demanda, pueda denegar la ejecución de las medidas cautelares cuando: “i. Según la ley colombiana el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii. La ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano”. De esta norma necesariamente debe extraerse la obligación que tendrá el demandante cautelar en un arbitraje internacional llevado a cabo en Colombia, de anexar a la demanda ejecutiva el convenio arbitral y el laudo en el que se decretaron las medidas, documentos indispensable para que el juez competente revise los dos motivos antes enlistados que le permitirán denegar la ejecución de las mismas.

Por el contrario, en el ámbito de un arbitraje nacional el juez tendrá total libertad de decidir si exige o no documentos junto con la presentación de la demanda ejecutiva, debido a que no existe alguna norma que dé luces al respecto, lo que se traduce en inseguridad y desigualdad jurídica entre todos aquellos que acudan a un arbitraje, pues podría llegar a suceder que, mientras a unos no se les pida ningún documento para acompañar la demanda ejecutiva, a otros por el contrario se les reclamaran los mismos.

68 En sentido contrario, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 274-275.

Tomando como referente el caso español, lo conveniente sería a nuestro juicio, que el legislador colombiano de forma clara y precisa expusiera en la ley la necesidad de anexar junto con la demanda ejecutiva, cuando de un laudo cautelar se trate, copia del mismo y del respectivo auto de notificación de aquel, así como también del convenio arbitral y del documento que acredite la prestación efectiva de la caución, siempre que haya sido impuesta por los árbitros, que se entenderá efectiva siempre y cuando otorgue la posibilidad real de utilizar la misma en caso de que el demandado cautelar resulte vencedor en el proceso principal.

3.2. Oportunidad de presentación de la demanda ejecutiva

Que el arbitraje al interior de un ordenamiento jurídico sea reconocido por los particulares como una alternativa al momento de decidir si acuden o no a este para resolver sus problemas, dependerá en buena medida de la efectividad con que estén revestidas las decisiones arbitrales; es decir, de su verdadero carácter ejecutivo, que en efecto les permitirá recurrir directamente ante la jurisdicción, sin ningún trámite previo de reconocimiento.

Por ejemplo en España, conforme el art. 517 LEC 1/2000⁶⁹, todos los laudos o resoluciones arbitrales tienen eficacia ejecutiva desde el mismo instante en que se dictan y, en esa medida, podrá intentarse su ejecución forzosa a partir de su notificación a las partes.

En Colombia, y en virtud del artículo 88 Ley 1563/2012, los laudos cautelares que se adopten con ocasión de un arbitraje internacional, son vinculantes "...sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento".

69 Ver, entre otros, AAP de Madrid (secc. 21) n.º 132/2011, de 21 de junio, B. D.: Westlaw (AC 2011/1994); AAP de Madrid (secc. 13) n.º 198/2009, de 11 de septiembre, B. D.: Westlaw (AC 2009/2084); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 9/2009, de 16 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2009/180019).

El artículo 518 de la Ley procesal general española contempla un término de caducidad para iniciar una acción ejecutiva⁷⁰ con el fin de “...no permitir prolongadas situaciones de incertidumbre del deudor”⁷¹. Es un término de cinco años que debe contarse a partir de que adquiriera firmeza la sentencia o resolución arbitral⁷², lo que en materia de laudos es desde el mismo día de su notificación a las partes.

Así las cosas, la parte interesada en la ejecución del laudo cautelar podrá presentar la demanda ejecutiva a partir de que se le notifique, y hasta cinco años después de esa fecha⁷³. Sin embargo, debido a que las cautelas suponen medidas de carácter urgente que encuentran su razón de ser en la inmediatez de la tutela que ofrecen, y torna en necesaria su práctica para la garantía de la tutela judicial efectiva que planea a lo largo de todo el proceso; a nuestro juicio, y como bien ya ha dicho BARONA VILAR⁷⁴, en estos casos particulares no se aplicará el término de caducidad de cinco años, teniendo en cuenta que la urgencia que entrañan las propias cautelas impide la pendencia de su materialización por tan extenso periodo de tiempo.

70 Sobre la discusión en torno a la naturaleza y definición de este término de caducidad que incorpora al régimen español la LEC 1/2000 ver FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.: “Artículo 518”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.; RIFA SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., pp. 2489-2493.

71 DE LA OLIVA SANTOS, A.: “Comentario al artículo 518”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento*, ob. cit., p. 897.

72 Algunas resoluciones judiciales donde se le da aplicación a este artículo son: AAP de Guipúzcoa (secc. 2) n.º 299/2010, de 18 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2010/411856); AAP de Toledo (secc. 2) n.º 67/2010, de 29 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2010/433); AAP de Álava (secc. 1) n.º 36/2010, de 26 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2010/402746).

73 El plazo propuesto inicialmente en el Proyecto de Ley era de tres años. La redacción actual de la norma es producto de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán, que propuso la extensión del término normativo a cinco años. Sobre la materia ver, SENÉS MOTILLA, C.: *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, Madrid, La Ley, 2000, p. 31.

74 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 383.

Además, si nos ubicamos en un estadio arbitral que se presupone ágil por excelencia, en donde por disposición legal, salvo acuerdo en contrario de las partes, la duración de todo el proceso no será superior a ocho meses, (art. 37 Ley 60/2003), se entiende que no podrá aplicarse remisoriamente lo señalado en el artículo 518 LEC 1/2000, en torno al término de caducidad de cinco años para iniciar la acción de ejecución forzosa.

En todo caso, sí juzgamos conveniente que el legislador se plantee contemplar en la ley la existencia de un término de caducidad especial cuando de ejecución de laudos arbitrales cautelares se trate. En aras del orden del procedimiento arbitral y del buen uso de las figuras procesales, en este caso, de las medidas cautelares, es preciso considerar la importancia de limitar en el tiempo el derecho a recurrir ante los jueces para lograr la materialización de aquella figura de caducidad, pero siempre a tono con el ámbito en el que esta se produce: un proceso arbitral.

4. Despacho de ejecución

Desde el punto de vista procesal, el despacho de ejecución es la actuación judicial que evidencia que, en efecto, la jurisdicción ha asumido como propia, en el caso concreto, la labor de materializar el título ejecutivo.

Al no ser un trabajo mecánico, ni mucho menos, tampoco es una actividad que pretenda controlar la legalidad del título, al contrario, es una actuación delimitada por el objetivo que entraña aquel proceso ejecutivo en el que se enmarca: conseguir la ejecución, en este caso, del laudo cautelar que se le presenta.

4.1. Previo examen de oficio de la competencia territorial

Se ha analizado en el epígrafe relativo al juez competente, el examen de oficio que deberá hacer aquel ante quien se

presente la demanda ejecutiva, en relación con su competencia territorial.

Cuando el juez considere que el laudo se ha dictado en un lugar distinto a aquel en que tiene competencia, deberá dictar un auto absteniéndose de despachar ejecución, en el que indique, al mismo tiempo, el tribunal competente para el efecto (art. 546 LEC 1/2000).

El momento procesal para estudiar la competencia territorial será únicamente antes de que se despache ejecución, por lo cual revisarla oficiosamente con posterioridad constituye una actuación ilegal⁷⁵.

En todo caso, por disposición expresa del legislador (art. 552 LEC 1/2000), los autos en los términos anteriormente planteados son objeto de recusación y apelación⁷⁶.

4.2. *Plazo de espera*

El artículo 548 LEC 1/2000 dispone que el juez solo podrá despachar ejecución después de que transcurran al menos veinte días desde que el laudo, en este caso cautelar, se le notifique al demandado⁷⁷. El plazo reseñado hace referencia al término que deberá tener en cuenta el juez a efectos de despachar ejecución, y no entraña entonces la prohibición a las partes de presentar la demanda de ejecución antes del vencimiento del mismo⁷⁸.

75 Ver, ATS, Sala de lo Civil (secc. 1) n.º 128/2011, de 6 de septiembre de 2011, B. D.: Westlaw (RJ 2011/6298); ATSJ de Cataluña, Sala Civil y Penal, n.º 7/2011, de 20 de enero, B. D.: Westlaw (RJ 2011/1566); AAP de Madrid (secc. 13) n.º 155/2011, de 20 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/357025).

76 AAP de Santa Cruz de Tenerife (secc. 4) n.º 105/2010, de 16 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/8615); AAP de León (secc. 1) n.º 261/2007, de 25 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2008/79417); AAP de Valencia (secc. 11) n.º 140/2006, de 26 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2006/259457).

77 AAP de Murcia (secc. 5) n.º 33/2009, de 26 de mayo; AAP de Madrid (secc. 13) n.º 287/2007, de 14 de diciembre; AAP de Lleida (secc. 2) n.º 195/2007, de 3 de diciembre.

78 SENÉS MOTILLA, C.: *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, ob. cit., p. 32;

En todo caso, siendo que dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo a las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar la corrección, aclaración, complemento o la rectificación de la extralimitación parcial del laudo (art. 39 Ley 60/2003), el cómputo de los veinte días que componen el plazo de espera tendrán que comenzar a contarse, como ya lo ha dicho la doctrina⁷⁹, una vez se haya vencido el plazo para que se presente ante el Tribunal arbitral alguna de las solicitudes anteriores, o bien, se haya notificado a ambas partes la resolución a dichas peticiones (art. 39.4 Ley 60/2003).

Teniendo en cuenta el panorama legal anterior, si nos ubicamos ante la ejecución del laudo cautelar no nos queda sino manifestar lo desafortunado que resulta para el régimen cautelar en el arbitraje, que el interesado en la ejecución de las cautelas deba esperar mínimo treinta días, siempre y cuando no se haya solicitado ninguna de las posibilidades del artículo 39 Ley 60/2003 –ya que de haber realizado cualquiera, el plazo casi podría duplicarse–, para conseguir la ejecución de la medida cautelar adoptada por los árbitros. Lo anterior impide, por doble vía, conseguir la celeridad debida en esta relación jurídica: por una parte, la propia de la institución arbitral, y por otra, la que juzgamos

ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Problemas que plantea la aplicación del plazo de espera para despachar ejecución: interpretación práctica del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Diario La Ley*, n.º 7223, año xxx, ref. D-258, 22 de julio de 2009, La Ley 13436/2009, B. D.: [www.diariolaley.es]; MARTÍN PASTOR, J.: *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 388-410; REMÓN PEÑALVER, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 582; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1890-1891.

79 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 382-383; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1890 (ya lo decía en PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 76-77).

más relevante en este caso, que se presume connatural a la tutela cautelar.

No consideramos como solución jurídica que los jueces, unilateralmente, decidan no aplicar dicho plazo cuando se trata de la ejecución de laudos cautelares⁸⁰. Ellos están obligados a la aplicación exclusiva de la Ley y, en esa medida, su discrecionalidad no debe caber aquí, pues no nos encontramos frente a una situación de laguna o vacío legal.

Este es uno de los motivos que hace reproachable el hecho de que, cuando las medidas cautelares hayan sido adoptadas por los árbitros, debido a que a la ejecución de los laudos cautelares deban aplicarse analógicamente las normas sobre ejecución forzosa, el juez deba esperar el término referido *supra* para, si procede, despachar ejecución⁸¹.

A nuestro juicio, lo conveniente hubiese sido que el legislador español, al determinar lo concerniente al momento en que podría darse inicio a la ejecución del laudo cautelar, hubiese tenido en cuenta la inmediatez en la ejecución que sí contempló en la Ley procesal general respecto del auto cautelar. Se debió haber omitido expresamente el requisito del lapso de tiempo contemplado en la LEC 1/2000 para la ejecución forzosa, que en consecuencia permitiera a los jueces despachar ejecución sin tener en cuenta tal plazo de cortesía.

Este tratamiento tan disímil, dependiendo de quién haya dictado la decisión cautelar, supondrá en la práctica una ventaja –solo aparente– para acudir desde un principio ante el juez cuando se necesiten medidas cautelares en el arbitraje.

80 En contra, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 278, que expresamente dice que este plazo de cortesía no debe aplicarse “... en los supuestos en los que se pretenda ejecutar una medida cautelar dictada por un árbitro”.

81 En este sentido, MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, ob. cit., p. 148; CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., p. 338; MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 276.

Y decimos solo aparente porque la lentitud propia del aparato judicial del Estado, no permite que la celeridad esté presente durante la solicitud de la medida cautelar ante la jurisdicción; precisamente, no se encuentra ni al momento de solicitarles la medida, ni durante el procedimiento de adopción de la misma, momentos procesales en los cuales sí hay celeridad si se llevan a cabo ante los Tribunales arbitrales.

Tal como están las cosas, la aplicación a la ejecución de los laudos cautelares del término de los veinte días, contemplado en el artículo 548 LEC 1/2000, nos deja el mal sabor de boca de estar casi ante la equiparación de la duración de los procesos cautelares que se surtan ante árbitros y ante jueces, a pesar de que, como venimos diciendo, lo esperable y deseable sería que el término que tomara a los árbitros la prestación de la tutela cautelar, fuese mucho más corto del que emplearan los jueces.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en España, en Colombia no existen plazos de cortesía similares a los del régimen español, tan solo se señala la posibilidad de que en la providencia ejecutoriada se haya fijado un plazo de cumplimiento. Así, si actualmente se decide acudir ante la jurisdicción para solicitar la práctica de una medida cautelar, bastará con la presentación de la demanda ejecutiva conforme a la Ley, para que el juez, sin necesidad de esperar el cumplimiento de algún plazo, salvo que en el caso concreto existiera, pueda dictar –siempre que proceda– el mandamiento ejecutivo (art. 305 CGP).

En consecuencia, y conforme lo dicho respecto el régimen español, resulta favorable a la opción de la adopción de las medidas cautelares por los árbitros que en Colombia la emisión del mandamiento ejecutivo que conseguiría la materialización de un laudo cautelar, no esté condicionada al transcurso de un lapso de tiempo, que es lo que ocurre en España; esto beneficia la tutela cautelar que se persigue cuando se adoptan medidas cautelares, y refuerza el papel de los árbitros como sujetos competentes para adoptarlas.

4.3. *Orden general de ejecución o mandamiento ejecutivo*

Siendo el proceso de ejecución "...aquel en el que se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título"⁸², la potestad ejecutiva que el mismo envuelve se materializa en la resolución dictada por el juez, en la que, al ejercer sus facultades de coerción, ordena el cumplimiento de lo mandado en el título ejecutivo.

La denominación que se le otorgue a aquella orden no condiciona su carácter ejecutivo; así, por ejemplo, mientras que en España recibe el nombre de *orden general de ejecución*, en Colombia es llamado *mandamiento ejecutivo*. Sin embargo, ambos son dictados en un proceso ejecutivo, y son la expresión de la potestad que obliga forzosamente al cumplimiento de la obligación.

Si nos ubicamos en el escenario de la ejecución de las medidas cautelares previamente concedidas por los árbitros, lo más aconsejable sería que aquella orden o mandamiento judicial de ejecución no tuviese ninguna cortapisa legal al momento de dictarse, pues la labor que se espera de los jueces es eminentemente de colaboración, y se supone que deberán ceñirse a ella. Además, no debe olvidarse que, al tratarse de la ejecución de una cautela, esta se entiende prioritaria, más aún cuando se enmarca en un proceso arbitral caracterizado por la celeridad.

Un buen ejemplo de lo anterior, de un sencillo procedimiento de ejecución de medidas cautelares, es el contemplado en la Ley peruana de arbitraje, que dispone que, para la ejecución, sea necesaria la sola presentación de "...las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la

82 BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional 1. Proceso civil*, ob. cit., p. 312.

decisión cautelar” (art. 48.2, Decreto Legislativo 1071/2008)⁸³. Por el contrario, en España, siendo que para la ejecución de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros es necesario aplicar el régimen de ejecución forzosa contemplada en la Ley procesal general, la emisión de la llamada orden de ejecución, de acuerdo con el artículo 551 LEC 1/2000⁸⁴, requiere la verificación previa del juez que de la demanda presentada y de los documentos anexos a la misma, se evidencie lo siguiente: 1) El cumplimiento de los requisitos y presupuestos procesales; 2) Que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal, y 3) Que los actos de ejecución que se solicitan, sean conformes a la naturaleza y contenido del título⁸⁵. Posteriormente, una vez verificado el cumplimiento de lo anterior, de acuerdo con el artículo 551.2 LEC 1/2000, el juez deberá dictar un auto –irrecurable– en el que autorice y despache ejecución.

Si por el contrario el juez encontrara que en el caso concreto no se cumplen tales presupuestos, su actuación dependerá del carácter subsanable o no de los mismos. Si lo fueren, deberá dar plazo para su subsanación (por ejemplo, presentar en el despacho el convenio arbitral que no se anexó con la demanda ejecutiva); si no lo fueren, (falta de competencia), deberá dictar un auto denegando el despacho de ejecución, el cual será apelable en los términos del artículo 552 LEC 1/2000.

83 CANTURIAS SALAVERRY, F.: “Algunos cortos apuntes acerca de la nueva Ley de Arbitraje Peruana”, en *Revista internacional de arbitraje*, ob. cit., pp. 25-35.

84 AAP de Madrid (secc. 18) n.º 129/2011, de 21 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/289431); AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 50/2011, de 26 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2011/294783); AAP de Jaén (secc. 2) n.º 7/2011, de 25 de enero, B. D.: Westlaw (AC 2011/315).

85 GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., pp. 1353-1354; PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1900.

A nuestro juicio, los anteriores controles que deberá realizar el juez español cuando se le solicite ejecutar un laudo cautelar, sin lugar a dudas ponen a prueba la efectividad de la adopción de las medidas cautelares por los árbitros, y superan la labor de colaboración judicial en el arbitraje, con ocasión de la ejecución. Este es entonces un argumento adicional para criticar la remisión que a las normas de la ejecución forzosa de la LEC 1/2000 hace la Ley 60/2003, ya que aquel sistema coherente que permite a los árbitros, directores del proceso, adoptar medidas cautelares, pierde fuerza y brillo en quizás la etapa más valorada, como lo es la ejecución de sus decisiones.

Por su parte, el legislador colombiano ha dispuesto que el juez dicte el mandamiento ejecutivo siempre que se le presente junto con la demanda ejecutiva el documento que preste mérito ejecutivo (art. 430 CGP), en este caso, el laudo cautelar.

El mismo artículo 430 CGP dispone que, contra el mandamiento ejecutivo puede intentarse la reposición cuando se alegue la irregularidad formal del título ejecutivo. Y continúa señalando que:

Los requisitos formales del título ejecutivo solo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago. Con posterioridad, no se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título, sin perjuicio del control oficioso de legalidad.

El trámite de reposición que deberá llevarse a cabo será el dispuesto en la norma procesal general (arts. 318 y 319 CGP).

4.3.1. Verificación de los requisitos y presupuestos procesales

Aunque enunciado de forma distinta en las normas procesales generales de España y Colombia, en ambas normativas

se contempla la obligación que tiene el juez en ejecución de examinar que la demanda ejecutiva reúne todos los requisitos y presupuestos procesales.

Respecto a tal verificación que el legislador español manda a los jueces, a efectos de decidir si dictar o no la orden general de ejecución, debemos señalar, una vez más, el control oficioso que la Ley le impone realizar al juez en torno a su competencia territorial (art. 546 LEC 1/2000). Además, conforme la norma procesal general, deberá revisar la inoperancia, en el caso concreto, del término de caducidad (cinco años), aun cuando, tal como lo dijimos anteriormente, resulte prácticamente imposible que un juez encuentre afectada la demanda de ejecución de un laudo cautelar, por tal plazo (art. 518 LEC 1/2000).

Así mismo, el juez deberá constatar que se han presentado con la demanda ejecutiva los documentos exigidos por la Ley (art. 551 LEC 1/2000): el convenio arbitral, el laudo y aquellos en los que se pueda verificar que este ha sido notificado a las partes⁸⁶. En todo caso, entendemos que siempre cabrá la posibilidad de que el juez otorgue a quien intente la ejecución, la oportunidad de subsanar la irregularidad formal, anexando a la demanda aquellos documentos cuya presentación hubiese omitido.

No especifica la Ley qué tipo de control debe realizar el juez sobre el convenio arbitral, ¿meramente formal?, o ¿podrá entrar a analizar la validez y existencia del mismo?

En aras de responder a lo anteriormente planteado, debemos señalar que la participación de los jueces en el arbitraje, con ocasión de la ejecución de los laudos, es una actividad de apoyo a este mecanismo de resolución de controversias

86 Sobre la importancia de acreditar en ejecución este requisito puntual de notificación del laudo a las partes: AAP de Madrid (secc. 25) n.º 16/2007, de 26 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2007/156722); AAP de Madrid (secc. 12) n.º 369/2007, de 5 de junio, B. D.: Westlaw (AC 2007/1224); AAP de Madrid (secc. 12) n.º 308/2007, de 16 de mayo, B. D.: Westlaw (AC 2007/1243).

basada en la carencia de potestad que tienen los árbitros, pues esta se ha otorgado, con exclusividad, a quienes gozan de autoridad jurisdiccional: jueces y magistrados.

Los límites de la actuación de los jueces, con ocasión de la ejecución de los laudos, deberán fijarse teniendo en cuenta que el deseo del legislador español a partir de la Ley 60/2003, ha sido que la participación de la jurisdicción en el arbitraje se realice, exclusivamente, conforme lo determinado por la propia Ley.

En esa medida, si la participación de apoyo que la Ley manda a los jueces es la de ejecutar, y si nada se ha dicho en ella en torno al control que debe hacer el juez sobre el convenio arbitral, se podría concluir que al juez en ejecución le valdría constatar la presentación del laudo arbitral, sin tener la competencia para efectuar una revisión sobre la validez del mismo⁸⁷.

Precisamente, la jurisprudencia manifiesta que la revisión del fondo del convenio arbitral no es una labor que corresponda a los jueces, así el AAP de Madrid, (secc. 11) n.º 316/2008, de 6 de noviembre⁸⁸, razonamiento jurídico 3.º, cuando, al referirse al juez señala:

...le está vedado examinar el convenio arbitral para sobre la base de su nulidad denegar la ejecución, siendo ello así porque la expresada nulidad debe ser declarada por la vía del recurso de anulación del laudo a instancia de parte...⁸⁹.

87 En este sentido, LORCA NAVARRETE, A. M.: “¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 671, 2005, BIB 2005/1099, B. D.: [www.westlaw.es]; PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., p. 107.

88 B. D.: Westlaw: (JUR 2009/35054).

89 En la misma línea, AAP de Madrid (secc. 8) n.º 150/2011, de 11 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/309331); AAP de Madrid (secc. 14) n.º 186/2011, de 27 de septiembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/392089); AAP de Madrid (secc. 18) n.º 144/2011, de 27 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/350991); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/227932); AAP de Madrid

Por lo tanto, teniendo en cuenta la voluntad del legislador en torno a la intervención judicial negativa en el arbitraje, así como el objeto del proceso ejecutivo, la decisión de despachar o no ejecución no debe estar condicionada a la validez o no del convenio arbitral. Al juez le debe bastar constatar la existencia del mismo para dictar el auto despachando a ejecución⁹⁰.

En todo caso, la denegación del despacho de ejecución por la no presentación del laudo arbitral, no supone la nulidad del laudo por razón del motivo enlistado en el artículo 41.1.a) Ley 60/2003: inexistencia del laudo. El objetivo que persigue aquel que intenta una ejecución es disímil de aquel que pretende una anulación y, en consecuencia, será distinta la labor que desarrollará el juez en uno y en otro estadio. Por lo tanto, no es correcto derivar de la denegación de ejecución, también una declaración de nulidad.

Por su parte, en Colombia, de la interpretación del artículo 422 CGP se deduce que los jueces deberán evaluar que la demanda se haya dictado conforme los requisitos fijados en la Ley, que a su turno serán los del precepto 82 CGP. Al mismo tiempo, y aun cuando el artículo 422 CGP no lo manifieste, de la interpretación armónica del CGP deberá afirmarse que los jueces también podrán inadmitir o rechazar la demanda, siempre que se enfrenten a una situación encuadrada en una de las causales establecidas en el artículo 90 CGP, en donde se incluye la falta de competencia o jurisdicción que también veíamos está en la Ley procesal general española.

(secc. 13) n.º 28/2011, de 23 de febrero, B. D.: Westlaw (JUR 2011 / 143698); AAP de Alicante (secc. 5) n.º 63/2007, de 21 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2007 / 214318).

90 En este sentido, BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., pp. 90-391; PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 114, 117; SENÉS MOTILLA, C.: "Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., p. 309. Una posición contraria, que apuesta porque el juez controle en ejecución la validez del convenio arbitral, es la de BUSTO LAGO, J. M.: "El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución", ob. cit.; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 294-295.

No se encuentra ninguna referencia en el CGP acerca de la necesidad de presentar, junto con la demanda el convenio arbitral; sin embargo, siempre que se trate de un arbitraje internacional, y en virtud del artículo 89.1.b)i. Ley 1563/2012, los jueces oficiosamente denegarán la práctica de una medida cautelar cuando el objeto de la controversia fuere contrario a la Ley colombiana, aspecto del que únicamente podrán percatarse si estudian el convenio arbitral.

Nos parece reprochable esta disposición ya que permite a los jueces, con ocasión de la ejecución de las medidas cautelares, estudiar el fondo del convenio arbitral, con lo que se confunden los límites que deben existir entre la ejecución y la anulación. Es excesivo, a nuestro juicio, consentir que, con ocasión de la ejecución de las cautelas, los jueces puedan revisar el objeto de la controversia.

Lo anterior no significa que estamos a favor de la ilegalidad del convenio arbitral. Somos partidarios de permitir un control sobre el mismo, pero siempre dentro de los linderos procesales establecidos por la Ley. Lo adecuado sería que el interesado en que se anule el laudo arbitral por razones de orden público, agote las vías que precisamente responden a tal necesidad, en este caso la acción de anulación⁹¹. No se debe desdibujar la acción de ejecución abriendo puertas como la Ley 1563/2012, que en la ejecución el juez, luego de revisar de oficio el convenio arbitral, pueda denegar el decreto de las medidas cautelares cuando considere que el objeto del convenio es contrario a las normas colombianas.

4.3.2. Verificación formal del título ejecutivo: laudo cautelar

Cuando el juez considere estar frente a una demanda cumplidora de los requisitos y presupuestos procesales, su

91 REMÓN PEÑALVER, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 629.

atención pasará a centrarse en el control del propio motor de la demanda: el título ejecutivo, en nuestro caso, el laudo cautelar.

En España, el legislador ha mandado que la inspección se centre en los requisitos de forma que deberá reunir todo laudo cautelar que pretenda ser ejecutado, estos son los enunciados en el artículo 37 Ley 60/2003, el cual, aunque se refiere a los laudos que resuelven la controversia principal, deberá inspirar también a todos aquellos dictados al interior de un arbitraje.

El primer requisito dispuesto por la norma en cuestión, precisa que los laudos deberán constar por escrito, bien sea en soporte papel o soporte electrónico, lo importante es que su posterior consulta sea posible.

También se ordena que el laudo esté firmado por el árbitro único, y que cuando sea un arbitraje conformado por un Tribunal arbitral, consten las firmas de todos los árbitros o, por lo menos, de la mayoría o de su presidente, siempre y cuando se justifique en el mismo laudo las razones por las cuales no aparecen las firmas de los demás.

Adicionalmente, en virtud de la modificación efectuada por la Ley 11/2011 sobre el artículo 37 que venimos revisando, el laudo deberá tener obligatoriamente una parte motivada en la cual se expongan las razones que llevaron a los árbitros a adoptar la decisión tomada, salvo cuando se trate de uno que resuelva la controversia principal, y exista acuerdo en contrario de las partes.

Bajo la regulación anterior se discutía si el juez de la ejecución debía controlar o no la existencia de la motivación del laudo cautelar⁹²; ahora, desde la modificación de la Ley 11/2011 al artículo 37 Ley 60/2003, entendemos que, si el laudo cautelar (título ejecutivo) no contiene esta parte

92 Una visión de las distintas posturas que existían al respecto puede verse en PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 100-102.

fundante de la decisión, carecerá de un elemento estructural que lo tornará irregular y dará lugar a la denegación del despacho de ejecución. En todo caso, este control no puede llevar inmersa la competencia del juez para analizar la razonabilidad y el acierto jurídico de la misma; como bien ha dicho PARDO IRANZO⁹³ con ocasión del estudio de la ejecución del laudo cautelar, el juez "...debe ejecutar aquello que ha sido resuelto por los árbitros, esté o no de acuerdo con la solución al conflicto a la que han llegado en el laudo e independientemente de que la considere correcta o incorrecta".

El juez no podrá valorar lo acertado de los fundamentos expuestos en aquella, así como tampoco su vigencia⁹⁴. Así lo ha replicado la jurisprudencia, y un claro ejemplo de ello es el AAP de Madrid (secc. 25) n.º 159/2011, del 19 de septiembre⁹⁵, cuando dice que al juez:

...le corresponde examinar la regularidad formal del título de ejecución, que consiste en que el laudo reúna los requisitos legales, sin que tales facultades abarquen el examen de cuestiones de fondo del título que queda cubierto por la excepción de cosa juzgada, sin que tampoco pueda realizar un control de los presupuestos del laudo o del procedimiento seguido para su obtención que pudieran fundamentar el recurso de anulación...⁹⁶.

93 PARDO IRANZO, V.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1908 (ya lo decía en, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., p. 107). En el mismo sentido, SENÉS MOTILLA, C.: "Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., p. 309.

94 Sobre esta cuestión, PARDO IRANZO, V.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., p. 1910 (ya lo decía en PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 109-110).

95 En B. D.: Westlaw (JUR 2011/357195).

96 En el mismo sentido: AAP de Madrid (secc. 18) n.º 144/2011, de 27 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/350991); AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 118/2011, de 18 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/317337); AAP de Madrid (secc. 10) n.º 192/2011,

En otras palabras, tal como lo hemos manifestado con ocasión del control que este mismo juez puede ejercer sobre el convenio arbitral; en sede de ejecución el juez no tiene competencia para ejercer un control sobre la legalidad o no del laudo arbitral, este queda reservado, por voluntad del legislador, al juez que eventualmente llegue a conocer de la acción de anulación⁹⁷. Por lo tanto, en sintonía con lo anterior, al juez en ejecución le debe bastar con constatar que el laudo tiene una parte motivada.

Finalmente, en el laudo cautelar deberán constar dos datos esenciales a efectos del control que el juez que esté conociendo de la ejecución, deberá realizar de los plazos de cortesía y caducidad, así como de su competencia territorial. Estos son: la fecha en la que se ha dictado el laudo, y el lugar en el que tal actividad se ha desarrollado. En consecuencia, si el laudo cautelar presentado como título ejecutivo no contiene alguno o ninguno de estos antecedentes, el juez entenderá que el mismo adolece de irregularidades formales que le imposibilitan despachar ejecución.

Con ocasión del estudio de la ejecución del laudo arbitral que pone fin a la controversia, la mayoría de la doctrina establece que la fecha de expedición del laudo resulta relevante a efectos del control que debe realizar el juez que conozca de la ejecución, pues de la misma podrá determinarse si la decisión arbitral fue dictada fuera del plazo estipulado por la Ley (art. 37)⁹⁸. Sin embargo, al encontrarnos frente a la

de 24 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/345419); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/227932).

97 Una posición contraria la sostiene, BUSTO LAGO, J. M.: "El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución", ob. cit., que con ocasión de las cláusulas contractuales abusivas en los contratos de consumo, excepciona el control solo cuando, previamente, se hubiese pronunciado al respecto un juez en anulación.

98 PARDO IRANZO, V.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1890-1891 (ya lo decía en PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 102-105); SÁNCHEZ POS, M.

ejecución de un laudo cautelar, no habrá lugar a controlar que aquél haya sido dictado dentro del plazo establecido en la Ley, pues, como lo vimos en el epígrafe referido al momento de dictar el laudo, la Ley arbitral española no estipuló un plazo para ello.

Como consecuencia de lo anterior, el control que realice el juez al respecto, deberá circunscribirse a la constatación de que la decisión arbitral se ha dictado, bien dentro del plazo fijado por las partes, si así lo hubiesen convenido, o bien dentro de aquél determinado en el reglamento arbitral, si se tratase de un arbitraje administrado. En todo caso, si bien se supone que el acuerdo de las partes constará en el convenio arbitral que deberá anexarse a la demanda de ejecución, y por ende de fácil constatación por el juez; el término dispuesto por la institución arbitral estará en un documento que no es obligatorio adjuntar a tal demanda: el reglamento arbitral, el cual se espera que el demandante, actuando acuciosamente, lo presente junto con los demás documentos.

Si se tratara de un caso en el que ninguna de las anteriores hipótesis ocurriera (determinación del plazo para fijar el laudo por las partes o el reglamento arbitral), consideramos que el juez que conociera de la ejecución no podría controlar si el laudo cautelar fue dictado dentro de un plazo determinado, teniendo en cuenta que los árbitros han tenido libertad para fijarlo.

A diferencia del control formal sobre el laudo que manda el legislador español, el legislador colombiano solo le ha

V.: "La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje", en *Diario La Ley*, n.º 7707, año xxxii, 3 de octubre de 2011, La Ley 15517/2011, B. D.: [www.diariolaley.es]; CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, ob. cit., pp. 295-296; SENÉS MOTILLA, C.: "Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., pp. 311-313; REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 610.

ordenado al juez verificar que la demanda ejecutiva se acompañe de un “...documento que preste mérito ejecutivo...” (art. 430 CGP) el cual, conforme el artículo 302 de la norma procesal general, y al tratarse de la ejecución de un laudo arbitral, será aquel que se haya dictado y notificado por lo menos tres días antes de presentarse la demanda ejecutiva.

Aun cuando somos bastante críticos con la ley colombiana de arbitraje, Ley 1563/2012, para obrar en justicia se debe decir que el legislador ha acertado, que con ocasión de la ejecución de medidas cautelares adoptadas en un arbitraje internacional, y siguiendo el artículo 17.I.2 de la Ley Modelo, prohíbe expresamente a la “...autoridad judicial a la que se le solicite la ejecución...”, pronunciarse “...sobre el contenido de la medida cautelar” (art. 89).

Aunque con una redacción mejorable, es a toda luz acertada la restricción legal mencionada, ya que no debe ser competencia del juez en ejecución la revisión del contenido mismo del laudo cautelar.

En todo caso, lo deseable sería que esta prohibición rigiera al tratarse de medidas cautelares adoptadas al interior de un arbitraje nacional, y uno internacional, pues la identidad y naturaleza de las funciones de los jueces no debe variar o ser diferente por el hecho de encontrarnos en uno o en otro. Sin embargo, siendo que la Ley 1563/2012 defiende un régimen dualista, al encontrarnos frente a la ejecución de un laudo cautelar tendremos entonces que el control que podrá efectuar el juez sobre el laudo dependerá del tipo de arbitraje en el que se hayan adoptado las medidas cautelares.

4.3.3. Verificación de los actos de ejecución que se solicitan

De acuerdo con el artículo 551 LEC 1/2000, si la presentación de la demanda ejecutiva reúne los requisitos formales y procesales, y siendo el laudo arbitral cumplidor de las regularidades formales exigidas por la Ley, el juez procederá a verificar si los actos de ejecución solicitados son o no

conformes con la naturaleza y el contenido del aquel. Para el caso que nos ocupa, lo anterior significa que la medida cautelar cuya ejecución se esté reclamando al juez, deberá ser aquella contemplada en el laudo cautelar.

Ya hemos indicado en epígrafes anteriores que la vía para estudiar los motivos de anulación, debe ser exclusivamente la acción de anulación que el legislador, precisamente, ha contemplado con el fin de que la jurisdicción efectúe un control formal sobre el laudo arbitral. Sin embargo, se ha discutido en la doctrina la posibilidad de que el juez que conoce de la ejecución analice, a efectos de dirigir el decreto de las cautelas, la concurrencia de los motivos por los cuales podría intentarse la anulación, mezclando así los controles realizados por el juez en ejecución y anulación. A nuestro juicio, cualquier interpretación al respecto, deberá tener en cuenta dos aspectos: primero, que la Ley 60/2003 ha planteado la vía exclusiva de la acción de anulación, para que las partes procuren la declaración de la invalidez de sus laudos; segundo, que existen motivos de anulación que por su importancia para el interés jurídico, deberán ser revisados por parte del juez ejecutor.

Comenzamos por afirmar que el hecho de permitir que, en sede de ejecución se analicen todos los motivos planteados en el artículo 41 Ley 60/2003, convertiría a la ejecución en un mecanismo paralelo para conseguir el mismo objetivo estrictamente limitado al ámbito de la anulación⁹⁹. Ya lo decía BARONA VILAR:

...no podemos convertir la ejecución en el cauce que el sistema arbitral no pretende: control de la decisión arbitral por los jueces, de modo que la misma es inmutable, siendo que el juez deberá proceder a ejecutar lo que ha sido resuelto por los árbitros. Se produciría una clara perversión del sistema

99 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 390.

arbitral si, tras configurar un proceso arbitral que finaliza con un laudo arbitral, sin posibilidad alguna de recurso, sino tan sólo el control de la validez del arbitraje en su nacimiento, desarrollo y conclusión, se entrase en la vía impugnatoria inclusiva de oficio a través de la ejecución forzosa ante el juez.

Además, permitir que el juez que ejecuta revise los motivos de anulación, acarrearía serios problemas prácticos, porque todas las decisiones del juez de ejecución en torno a la materialización de un motivo de anulación, que en consecuencia lo llevarán a denegar el despacho de ejecución, no serían vinculantes para el juez que posterior y, eventualmente, conociera de la anulación del laudo, quien legalmente podría dictar una decisión en sentido contrario, lo que le daría vía libre al beneficiado con la medida cautelar para intentar nuevamente la ejecución, aun cuando, teniendo en cuenta la urgencia predicada de todas las cautelas, esta seguramente ya no sería útil para evitar el perjuicio que precisamente pretendía evitar¹⁰⁰.

Por el contrario, la decisión del juez que resuelva la anulación sí vincula al juez que conozca de la ejecución. Sin embargo, no nos parece relevante plantear esta situación en materia de la ejecución de las medidas cautelares, dado que en la práctica, lo común y recurrente es que primero se intente la ejecución antes que la anulación, e incluso si se solicita antes, se tardará más tiempo en ser resuelta, razón por la cual no se encontrará el juez ejecutor en la indecisión de tener que cumplir y acatar lo resuelto en sede de anulación.

Debido a las razones esgrimidas en torno a la especialidad de la acción de anulación para estudiar los laudos arbitrales,

100 REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 629-630, plantea soluciones frente el recurso de apelación del ejecutante contra el auto por el que se deniegue el despacho de la ejecución y el procedimiento en que se ejercite la acción de anulación.

y a la inseguridad jurídica que conllevaría la realización de un control similar por el juez en ejecución, nos decantamos entonces por afirmar la negativa a un control en sede de ejecución, de los motivos propios de anulación sobre el laudo cautelar¹⁰¹.

En todo caso, debe reconocerse la posibilidad de que, tanto el juez ejecutor como el juez en anulación, estudien una misma cuestión enmarcada en un motivo de anulación y, también, de denegación del despacho de ejecución; estamos hablando de la inexistencia del convenio arbitral. Esta situación no puede ser entendida como confusión de papeles entre un juez y otro, pues ambos persiguen objetivos distintos y, por tanto, la decisión que el uno tome respecto a la existencia o no del convenio, no se hace en el marco de un control de anulación, sino en el marco de la decisión de despachar o no ejecución.

Por otra parte, en torno a la ejecución de decisiones que han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, indisponibles, o que son contrarias al orden público, nos encontramos en una situación de excepción similar a la anterior, ante la cual la jurisprudencia¹⁰² y la doctrina¹⁰³ han

101 En este mismo sentido, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 285; REMÓN PEÑALVER, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 615.

102 AAP de Madrid (secc. 18) n.º 103/2007, de 11 de abril, B. D.: Westlaw (JUR 2007/212667).

103 PARDO IRANZO, V.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011* (coord. BARONA VILAR, S.), ob. cit., pp. 1918-1924 (ya lo decía en PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 119-120; COLMENERO GUERRA, J. A.: “La ejecución forzosa de los laudos arbitrales”, en *La ejecución civil*, ob. cit., p. xxx. PICÓ I JUNOY, J.: “El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales”, en *Diario La Ley*, n.º 6198, año xxvi, 25 de febrero 2005, B. D.: [www.diariolaley.es]; SENÉS MOTILLA, C.: “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., pp. 309-310; CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 260-261;

entendido que es procedente que el juez en ejecución pueda decidir sobre uno de los motivos de anulación¹⁰⁴.

La razón de lo anterior es básicamente una: la decisión arbitral basada en materias indisponibles es ineficaz y, por tanto, no permitir que el juez niegue el despacho de ejecución sería ir en contra de los intereses generales. En todo caso, siempre que aquello sucediera, estaríamos frente a la misma dificultad práctica de la hipótesis anterior: el juez que conozca posteriormente de la anulación no se encuentra atado a lo decidido respecto a este motivo por el juez en ejecución, lo cual acarrearía inseguridad jurídica y desgaste para la pretendida efectividad de las medidas cautelares.

Precisamente, lo anterior es lo que sucede en el régimen arbitral colombiano, en el cual se contempla, para las medidas cautelares adoptadas con ocasión de un arbitraje internacional, la posibilidad de que el juez deniegue su ejecución siempre que fuera “contraría al orden público internacional colombiano” (art. 89).

4.3.4. Creación jurisprudencial: verificación de la imparcialidad de los árbitros

No existe mención legal expresa en la legislación española -tampoco en la colombiana- acerca de la denegación de la ejecución como consecuencia de la consideración por parte

JIMÉNEZ GARCÍA, D.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (coord. DÍAZ-BASTIEN, E.), ob. cit., p. 234; REMÓN PEÑALVER, J.: “Comentario al artículo 44”, en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 612-615.

104 Un caso típico de estudio sobre esta materia es la arbitrabilidad de los litigios en el ámbito de los arrendamientos urbanos; una investigación a fondo sobre el mismo en: “La resolución de litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios”, en *Diario La Ley*, n.º 7624, año xxxii, ref. D-167, 6 mayo de 2011, La Ley 5992/2011, B. D.: [www.diariolaley.es].

del juez ejecutor, de la parcialidad de los árbitros que hubieren resuelto la controversia.

La jurisprudencia española ha tenido la oportunidad de estudiar esta cuestión, hallándose algunas decisiones dictadas con ocasión de un arbitraje común que apuestan por una decisión en sentido negativo¹⁰⁵, y otras que enmarcadas en un arbitraje de consumo, en aras de justicia material, deniegan el despacho de ejecución de un laudo, porque admitiendo controlar *ex officio* el fondo del mismo, encuentran que este es producto de la parcialidad de los árbitros¹⁰⁶.

A nuestro juicio, los mecanismos procesales con los que cuenta la parte afectada por la supuesta parcialidad de los árbitros (anulación y revisión), son suficientemente garantes de los derechos procesales de las partes; y por lo tanto, no hace falta que, vía interpretación, se permita que en ejecución se discutan eventos que encajan en aquellos motivos propios de otros escenarios, lo cual sucede precisamente si el juez competente para efectuar el despacho de ejecución, analiza con intención de determinar la autorización de lo solicitado, si los árbitros fueron o no independientes.

Consideramos que lo realmente importante será el papel diligente de la parte afectada, la cual deberá poner en marcha los mecanismos legales creados precisamente para remediar aquellas situaciones de posible parcialidad. PICÓ I JUNOY¹⁰⁷ plantea que siempre que haya "...una ausencia total y plena de la imparcialidad del árbitro... y exista una lógica o razonable pasividad del demandado que no comparece

105 Sobre esta posibilidad se ha pronunciado, AAP de Madrid (secc. 11) n.º 81/2011, de 22 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/166754); AAP de Madrid, (secc. 13) n.º 135/2008, de 16 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2008/213770); AAP de Madrid (secc. 13) n.º 225/2007, de 15 de octubre, B. D.: Westlaw (JUR 2008/22311).

106 AAP de Madrid, (secc. 14) n.º 185/2005, de 9 de mayo, B. D.: Westlaw (AC 2005/1233).

107 PICÓ I JUNOY, J.: "El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales", en *Diario La Ley*, n.º 6198, año XXVI, 25 de febrero 2005, B. D.: [www.diariolaley.es].

durante el desarrollo del arbitraje, el juez ejecutor puede denegar el despacho de la ejecución". Sin embargo, a nuestro juicio, no es conveniente apostar por esta excepción que permitiera vía ejecución revisar la verdadera imparcialidad de los árbitros. En la práctica, la materialización de esta postura ocasiona una indeseable inseguridad jurídica, en la medida en que la revisión o no de tal situación, dependerá en cada caso concreto del criterio individual de los jueces.

4.4. Decreto de ejecución y notificación del mandamiento ejecutivo

Conforme el régimen arbitral español para conseguir la materialización de la medida cautelar contenida en el laudo que se pretende ejecutar, no será suficiente el auto que despache ejecución. El legislador ha presupuesto que la realización efectiva de aquel auto recaiga en manos del secretario judicial, quien frente a este deberá, el mismo día o al día siguiente hábil, dictar un decreto conforme lo dispuesto por el artículo 551.3 LEC 1/2000.

De acuerdo con el precepto 553 de la Ley procesal general, al ejecutado deberán notificársele, junto a aquel decreto de ejecución, tanto el auto judicial que ha despachado ejecución, como la demanda ejecutiva, con el fin de que conozca de las mismas, y si es el caso, realice las actuaciones que la Ley le ha legitimado, estas son, a) El recurso de revisión contra la decisión secretarial, sin efecto suspensivo, el cual deberá conocer el Tribunal que hubiere dictado la orden general de ejecución (art. 551.5 LEC 1/2000); b) La oposición (art. 556 y ss LEC 1/2000); y c) La suspensión de la ejecución (art. 45 Ley 60/2003).

En el sistema procesal civil colombiano a diferencia de lo que ocurre en el español, el secretario no tiene la facultad oficiosa para decretar la ejecución; al contrario, conforme el artículo 306 CGP, la notificación del mandamiento ejecutivo se realizará, o bien por estado, o bien personalmente

dependiendo del momento en el que se formule la solicitud de la ejecución. Artículo 290 CGP.

Dentro de los tres días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el ejecutado podrá interponer un recurso de reposición contra este (art. 318 CGP). Al mismo tiempo, conforme el artículo 442 de tal catálogo legal, dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el demandado podrá proponer excepciones de mérito.

5. Oposición a la ejecución

Respondiendo a un modelo de Estado democrático que se asienta en los principios de libertad e igualdad entre los ciudadanos, los procesos de ejecución dispuestos en las legislaciones civiles española y colombiana, se estructuran sobre la base de los principios de dualidad de partes, igualdad, audiencia y contradicción¹⁰⁸. Precisamente, en virtud de este último principio se contempla en la LEC 1 / 2000 y en el CGP, aunque con nombres distintos, herramientas que le permitirán al ejecutado atacar, bien la orden de ejecución, bien el mandamiento ejecutivo, respectivamente, que se haya dictado en su contra.

Así, en la legislación española, se regula la figura de la oposición, los motivos para intentarla, que según la jurisprudencia configuran *numerus clausus*¹⁰⁹, y el procedimiento específico que deberá llevarse a cabo para resolverla (arts. 556-564 LEC 1 / 2000)¹¹⁰. Por su parte, el legislador colombiano

108 Ver, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, ob. cit., pp. 67-80, 111-118.

109 AAP de Madrid (secc. 10) n.º 35/2011, de 26 de enero, B. D.: Westlaw (JUR 2011/127296).

110 Ver, MARTÍN PASTOR, J.: *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, ob. cit., pp. 52-730; ACHÓN BRUÑEN, M. J.: *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 35-76; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÀ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J.

reunió bajo la reposición y las excepciones de mérito (arts. 318 y 442 CGP), los distintos motivos que podrá alegar el ejecutado contra el mandamiento ejecutivo.

En todo caso, en aras del rigor investigador, es necesario aclarar que los instrumentos de los anteriores países no se enmarcan dentro de la misma figura; mientras que los del país latinoamericano hacen parte del ámbito de los recursos, el propio legislador español en la LEC 1/2000 artículo 551.4, plantea la irrecurribilidad del auto que autoriza y despacha ejecución. Así, la oposición a la ejecución no se puede configurar como un verdadero recurso que pretende negar la ejecución propiamente dicha, sino "...la adecuación a Derecho del despacho de la ejecución que el Juez acaba de recordar".¹¹¹

Así las cosas, tanto en la legislación española como en la colombiana, el ejecutado podrá ampararse en los artículos precedentes para intentar evitar la ejecución de una medida cautelar.

Apartándose completamente de lo anterior, la legislación peruana de arbitraje prohíbe a los jueces admitir recursos u oposición alguna contra la ejecución de los laudos cautelares (art. 48.2, Decreto Legislativo 1071/2008)¹¹². Esta alternativa disposición se entiende por el hecho de que, bajo la legislación peruana, el juez solamente es un colaborador del árbitro y, por tanto, no debe realizar ninguna labor intelectual en torno

F. (coords.), AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Barcelona, Iurgium editores, Atelier, 2000, pp. 2651-2765; REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., pp. 622-631.

111 FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.: "Artículo 556 LEC 1/2000", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA. VV. (coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F.), ob. cit., p. 2695. En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 1361.

112 CANTURIAS SALAVERRY, F.: "Algunos cortos apuntes acerca de la nueva Ley de Arbitraje Peruana", en *Revista internacional de arbitraje*, ob. cit., pp. 25-35.

a la ejecución. Sin embargo, y a pesar de nuestras reiteradas críticas a la remisión del legislador español a la Ley procesal general, no nos decantamos por la alternativa propuesta en la Ley peruana, ya que la misma no resulta garante del derecho de defensa de las partes, pues su fundamento base, la restringida intervención de los jueces en el arbitraje, no es lo suficientemente fuerte para sustentarla.

5.1. *Motivos para oponerse*

En los artículos 556 y 559 LEC 1 / 2000, se estipulan los distintos motivos que podrá alegar todo ejecutado para sustentar su oposición al despacho de ejecución. En el primero se contemplan los relativos al cumplimiento, propiamente dicho, de lo ordenado¹¹³; y en el segundo, los aspectos procedimentales que fundamentarían la reacción del ejecutado¹¹⁴. El CPC hace lo propio en el artículo 442.

En los artículos 556 LEC 1 / 2000 y 442.2 CGP se enlistan los motivos que únicamente podrán ser alegados cuando el laudo fuera de condena. El primero plantea que tales motivos sean el pago o cumplimiento de lo ordenado; el segundo, además de los anteriores, también admite que se alegue, vía excepción de mérito, la compensación, la novación, la prescripción, la confusión, la remisión y la transacción¹¹⁵. En

113 AAP de Granada (secc. 5) n.º 89/2011, de 19 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/353158); AAP de Almería (secc. 2) n.º 57/2011, de 15 de julio, B. D.: Westlaw (JUR 2011/377522); AAP de Girona (secc. 2) n.º 73/2011, de 2 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/341697); AAP de Girona (secc. 2) n.º 53/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2011/1820); AAP de Madrid (secc. 11) n.º 222/2010, de 22 de noviembre, B. D.: Westlaw (JUR 2011/36221).

114 MARTÍN PASTOR, J.: *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, ob. cit., pp. 52-597; ACHÓN BRUNÉN, M. J.: *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, ob. cit., pp. 35-76.

115 Sobre estos motivos, ver FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.: "Artículo 556 LEC 1/2000, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 2696-2698.

consecuencia, no cabría en ninguno de los sistemas expuestos intentar oponerse, por estos motivos, a la ejecución de un laudo que contenga el decreto de una medida cautelar meramente declarativa o constitutiva.

El artículo 559 LEC 1/2000 hace alusión a cuatro motivos de oposición de carácter procesal¹¹⁶. Los dos primeros, referidos a la ausencia del ejecutado del carácter o representación con que se le demanda¹¹⁷; y a la falta de capacidad o representación del ejecutante o carencia de acreditación del carácter o representación con que se demanda, podrán ser aplicados, a nuestro juicio sin dificultad, cuando se trate de la oposición a un laudo cautelar. La misma conclusión puede extraerse respecto de los motivos enlistados en el artículo 510 de la ley procesal general colombiana, que plantea la posibilidad del ejecutado de alegar la excepción de mérito contra el mandamiento ejecutivo, por razones de la nulidad de este, cuando haya una indebida representación de las partes (art. 140.7 CPC), o indebida notificación y emplazamiento (art. 140.9 CPC).

Por otro lado, el numeral tercero del propio artículo 559 LEC 1/2000, permite plantear la oposición por motivo de la nulidad radical del despacho de ejecución¹¹⁸. A su vez, enuncia tres causales que podrían originar aquella nulidad; la primera, referida a los eventos en los que el laudo no contenga pronunciamientos de condena; la segunda, al

116 FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A: "Artículo 559 LEC 1/2000", en *ibíd.*, pp. 2718-2730.

117 AAP de Valencia (secc. 7) n.º 87/2011, de 8 de junio, B. D.: Westlaw (AC 2011/1441); AAP de Madrid (secc. 13) n.º 88/2011, de 29 de abril, B. D.: Westlaw (AC 2011/1325); AAP de Barcelona (secc. 4) n.º 54/2011, de 30 de marzo, B. D.: Westlaw (AC 2011/1898).

118 AAP de Pontevedra (secc. 6) n.º 211/2011, de 26 de septiembre, B. D.: Westlaw (AC 2011/2194); AAP de Madrid (secc. 14) n.º 126/2011, de 15 de junio, B. D.: Westlaw (AC 2011/1459); AAP de Barcelona (secc. 18) n.º 65/2011, de 17 de marzo, B. D.: Westlaw (JUR 2011/201986); AAP de Zamora (secc. 1) n.º 11/2011, de 10 de febrero, B. D.: Westlaw (AC 2011/394); AAP de Guadalajara (secc. 1) n.º 1/2010, de 9 de noviembre, B. D.: Westlaw (AC 2010/1917).

incumplimiento del título ejecutivo de los requisitos legales exigidos para llevar a cabo la ejecución; y la tercera, a la infracción de lo ordenado en el artículo 520 de la misma Ley procesal general.

De las tres causales anteriores que pueden fundamentar la nulidad radical del despacho de ejecución, a su vez, motivo de oposición, solo la segunda en torno a los requisitos que debe reunir el documento, título ejecutivo, podrá ser trasladada a la oposición de un laudo cautelar; ya que este, como cualquier otro documento que pretenda obrar como título en ejecución, deberá reunir ciertos requisitos fijados por la Ley. Nuevamente, esta conclusión la hacemos extensiva respecto del otro motivo contemplado en la CGP (art. 430), que permite al ejecutado, vía reposición, alegar las irregularidades formales del título ejecutivo.

Por su parte, la primera causal dispuesta en el artículo 559.3 LEC 1/2000, que permitiría intentar la oposición cuando el título no tuviera un contenido de condena, no podría ser trasladada a la ejecución de los laudos cautelares, y por ende alegarse como motivo de oposición cuando de la ejecución de uno de ellos se tratara, cuando previamente el legislador hubiera validado la existencia de laudos con contenido meramente declarativo o constitutivo¹¹⁹.

Al mismo tiempo, el tercer motivo para alegar la nulidad radical, basado en el incumplimiento de los requisitos del artículo 520 LEC 1/2000, tampoco será de aplicación cuando se formule la oposición de un laudo cautelar, pues aquella norma se refiere a títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.

Así las cosas, será posible procurar la oposición contra el laudo cautelar por motivo de la nulidad radical del mandamiento ejecutivo, únicamente cuando el título ejecutivo en virtud del cual se haya dictado aquel no reúna los requisitos exigidos por Ley.

119 MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., p. 285.

Finalmente, el cuarto motivo dispuesto en el artículo 559 LEC 1/2000 como causal para alegar la oposición, hace referencia a los eventos en los que el laudo que no haya sido protocolizado notarialmente careciera de autenticidad¹²⁰. Dijimos en su oportunidad que el laudo cautelar, siguiendo las normas generales planteadas en el artículo 37 Ley 60/2003, no necesita ser protocolizado, ya que dependerá de la voluntad de las partes, en cada caso concreto, que el laudo goce o no de tal solemnidad¹²¹; lo que, atado a la celeridad y urgencia que se predica de las cautelas solicitadas, nos lleva a afirmar que la regla general será no protocolizar los laudos con contenido cautelar, debido a la tardanza que tal trámite acarrearía a efectos de disfrutar de las medidas cautelares. No puede negarse que la protocolización de los laudos tiene ventajas, sin embargo, también supone una tardanza que en sede cautelar no conviene soportar.

Así las cosas, admitir que a la luz de la legislación vigente es procedente oponerse a un despacho de ejecución de un laudo cautelar, con motivo de su aparente falta de autenticidad, no puede sino llevarnos a criticar, una vez más, la aplicación remisoria de las normas propias de la ejecución forzosa a la ejecución de los laudos cautelares. Nuestro malestar se fundamenta en la facilidad que tendría todo ejecutado de alegar la falta de autenticidad del laudo cautelar, lo que repercutiría directamente en la efectividad propia de toda cautela y, en términos generales, en la eficiencia y realidad de la tutela cautelar impartida por los árbitros.

Por otra parte, algún sector de la doctrina española, con ocasión del estudio de la ejecución del laudo que resuelve la controversia final, contempla la posibilidad de que se

120 MARTÍN PASTOR, J.: *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, ob. cit., pp. 201-202.

121 FRANCO ARIAS, J.: "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003", en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., p. 179.

aleguen como causas de oposición los dos motivos de anulación que sí podrán ser considerados por el juez ejecutor al momento de determinar la procedencia del despacho de ejecución; nos referimos a los eventos en los que se resuelve algo no susceptible de ser conocido en sede arbitral, y a los eventos en los que el laudo es contrario al orden público¹²².

No nos parece de recibo esta posición, teniendo en cuenta que el legislador les ha otorgado a las partes la herramienta procesal de la acción de anulación, para que intenten precisamente por esta vía el reconocimiento de la invalidez del laudo arbitral¹²³. Por lo tanto, a nuestro juicio, sería un error alterar el camino dispuesto en la ley para permitir ahora que, bajo los supuestos esgrimidos en el párrafo anterior, las partes puedan procurar la oposición del despacho de ejecución. No puede ser argumento suficiente el análisis oficioso que sobre los mismos sí se admite al juez realizar en sede de ejecución, ya que si bien él lo haría por razones propias de la autoridad de la que goza, y que al mismo tiempo le exige velar por la estabilidad del ordenamiento jurídico, las partes lo formularían por una cuestión de oportunidad y libertad, que no cabría en un procedimiento reglado como lo es el proceso ejecutivo.

Una cuestión particular que vale la pena plantearse, es la posibilidad de alegar como motivo de oposición la existencia de cosa juzgada en contra de la validez del laudo cautelar, como consecuencia de la sentencia dictada antes del despacho de ejecución, en respuesta a una acción de anulación que se haya planteado contra el mismo.

122 Así opinan, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., p. 136; CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob. cit., pp. 262-263.

123 FRANCO ARIAS, J.: "La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003", en *Anuario de Justicia Alternativa*, ob. cit., pp. 184-186.

Hemos insistido en que la regla general es que el juez que conoce de la ejecución no podrá resolver sobre los motivos particulares de anulación; por lo tanto, puede suceder que este, desconociendo que sobre el laudo ya existía cosa juzgada, dicte un auto despachando ejecución; y que el ejecutado, ignorante hasta la notificación del mismo de la ejecución, se enfrente a la necesidad de poner de manifiesto esa decisión judicial la cual, al haber negado validez a tal laudo, vincula al juez en ejecución y deja sin piso el auto que despacha ejecución.

Somos conscientes de lo específico y quizás elaborado del caso planteado; sin embargo, nos parece oportuno su estudio porque nos permite, una vez más, alzar la voz en contra de la remisión a las normas propias de la ejecución forzosa cuando de la ejecución de laudos cautelares se trate, pues nos conduce a la necesidad de resolver situaciones como esta, la cual, al no estar contemplada en la Ley, genera un escenario de inseguridad jurídica en la medida en que habrán tantas soluciones como intérpretes haya de esta.

Para adelantarnos un poco al epígrafe siguiente, descartamos la posibilidad de solicitar en este caso concreto la suspensión de la ejecución con fundamento en la acción de anulación que se está desarrollando, pues en nuestra hipótesis ya nos encontraríamos frente a una sentencia que la hubiese resuelto.

Tampoco podría resolverse la cuestión por medio de la interposición de recursos que el ejecutado realizaría conforme los artículos 562 y 563 LEC 1/2000, ya que los mismos están restringidos a un número de situaciones concretas.

Por lo tanto, y dada la relevancia de que el juez que ha despachado ejecución conozca de la sentencia que ha declarado inválido el laudo cautelar, proponemos aceptar de *lege ferenda* que el ejecutado, beneficiado con aquella, alegue en oposición la existencia de cosa juzgada, demostrando, con la presentación de una copia de tal sentencia, la misma.

6. Suspensión de la ejecución

La suspensión de la ejecución de un laudo con fundamento, en que está pendiente de resolución la acción de anulación contra aquel, es una figura procesal que, en palabras de PARDO IRANZO "...supone la paralización del proceso de ejecución en el punto en el que se encuentre..."¹²⁴. La suspensión pretendida es del propio proceso de ejecución, y por ello sorprenden decisiones como el AAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 98/2007, de 5 de febrero¹²⁵, en la que se entiende -erróneamente-, que la suspensión que se puede solicitar con ocasión de la anulación del laudo arbitral es la del proceso arbitral.

La suspensión es una figura recogida en el artículo 45 de la Ley de arbitraje española, que antes de responder a lo dicho por la Ley Modelo -que no contempla ninguna disposición al respecto-, es producto de una tradición jurídica establecida por la propia LEC 1/2000, que contempla en distintos artículos, siendo el 565 el más sobresaliente, la posibilidad de suspender la ejecución cuando la Ley lo ordene de modo expreso, o cuando así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución¹²⁶.

Contraria a la situación legal anteriormente planteada, es la regla del procedimiento colombiano, en el que la tramitación de la anulación del laudo no suspende la ejecución del mismo, salvo cuando en los arbitrajes nacionales, y siempre y cuando el ejecutado fuere una entidad pública, el interesado en la paralización de este proceso, preste caución suficiente para responder por los perjuicios que la suspensión cause a la parte contraria (arts. 42 y 109 Ley 1563/2012).

124 PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., p. 161.

125 B. D.: Westlaw (JUR 2007/127319).

126 SABATER MARTÍN, A: "Artículo 565 LEC 1/2000", en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. (coords), AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 2766-2768; MARTÍN PASTOR, J.: *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, ob. cit., pp. 933-1030.

6.1. Procedimiento de la suspensión

De la interpretación sistemática de las normas sobre anulación y ejecución de los laudos, contempladas en la Ley 60/2003, se concluye que la regla general es que el proceso de anulación contra un laudo arbitral no suspende *per se* la ejecución del mismo; será necesaria una petición por parte del ejecutado para que "...el tribunal competente..." la declare...". Así lo ha contemplado el artículo 45 de la Ley arbitral española, en sintonía con el 565 LEC 1/2000¹²⁷.

Aun cuando la norma en cuestión no especifica ante qué juez debe presentarse la solicitud de suspensión, a nuestro juicio, no cabe duda de que quien debe conocer y decidir sobre la misma es aquel que lleva a cabo la ejecución¹²⁸, pues es el director del proceso en el caso concreto, por tanto es este, y no quien resuelve la anulación, el competente para decidir sobre las vicisitudes del mismo.

Tampoco se especifica en el artículo en cuestión, cuál debe ser el estado del proceso de anulación que sirve de fundamento a la suspensión, el artículo 45 Ley 60/2003 simplemente dice que para solicitarla debe haberse ejercitado la acción de anulación. En consecuencia, consideramos que bastará, a efectos de la solicitud de anulación, que el ejecutado demuestre, simplemente, haber presentado la demanda de anulación.

No compartimos la opinión de un sector de la doctrina que, por aplicación analógica del artículo 566.1 LEC 1/2000, considera que, para el decreto de suspensión, será necesario

127 Algunas legislaciones disponen la suspensión de la ejecución como consecuencia de la tramitación de la anulación, es el caso de Uruguay, que así lo recoge en el artículo 501.4 Código General del Proceso: "*Durante la tramitación del recurso, la ejecución del laudo quedará en suspenso*".

128 En este mismo sentido, PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 139-154; REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en Comentario a la Ley de arbitraje (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 642.

demostrar la admisión de la demanda de anulación¹²⁹. Aun cuando tal interpretación doctrinal da mayor certeza sobre lo conveniente de decretar la suspensión, también es cierto que, si bien la Ley 60/2003 remite a la Ley procesal general en materia de normas de ejecución forzosa, la utilización de estas normas debe ser coherente, y por lo tanto, no es prudente emplear soluciones propias de normas que no desarrollan temas de la ejecución de laudos arbitrales. Precisamente, la norma de apoyo de la postura doctrinal criticada se refiere a la suspensión en los casos de rescisión y revisión de sentencias firmes, un caso puntual cuya regulación, a nuestro juicio, no debe iluminar la aplicación del artículo propio de la Ley arbitral.

De acuerdo con el mismo artículo 45 Ley 60/2003, no bastará la petición del interesado, quien a su vez deberá ofrecer "...caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo". Dicha caución podrá constituirse tal como lo indica el artículo 529.3 LEC 1/2000 (norma que regula la caución que debe presentarse cuando se alegue oposición contra la ejecución provisional de una sentencia de condena no dineraria, por la causa segunda del apartado 2 del artículo 528), que permite que la caución se constituya:

...en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier

129 De esta corriente es PARDO IRANZO, V.: "Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral", en *Revista General de Derecho Procesal*, ob. cit. (Ya lo decía en PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., p. 155); BUSTO LAGO, J. M.: "El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución", ob. cit.; REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 640; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., pp. 1427-1428.

otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Presentada la solicitud de suspensión se escuchará al ejecutante, para posteriormente resolver sobre la caución. La decisión que adopte el juez no es susceptible de ningún recurso. Así las cosas, una vez formulada la solicitud de suspensión de ejecución del laudo, fundada en una acción de anulación que se surte en ese mismo momento contra aquel, consideramos que el juez que conoce de aquella solo podrá exigir al ejecutado, a efectos de decretar la suspensión solicitada, la prestación de una caución¹³⁰; en todo caso, hay quienes opinan en la doctrina cosa distinta, y entienden procedente que el juez examine si hay motivos suficientes para conceder o no la suspensión¹³¹. Por otra parte, el juez deberá escuchar, antes de decidir sobre la caución, a aquel que se llegaría a ver afectado con la suspensión.

El primer interrogante que nos suscita la aplicación del tratamiento procesal de la suspensión a la ejecución de los laudos cautelares, es la configuración de la caución que el ejecutante debe ofrecer al momento de solicitar la suspensión. De lo expuesto se concluye con claridad que la eventual caución deberá constar de dos partes: una, que garantice el valor de la condena, es decir, se parte de que la resolución sujeta a ejecución tiene un contenido condenatorio; y dos, que haga lo propio respecto de los eventuales daños y perjuicios ocasionados por la tardanza en la ejecución.

Si tenemos en cuenta que el artículo 45 Ley 60/2003 que analizamos ha sido concebido para ser aplicado a la ejecu-

130 JIMÉNEZ GARCÍA, D.: "Comentario al artículo 45", en *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (coord. DÍAZ-BASTIEN, E.), ob. cit., pp. 236-237.

131 REMÓN PEÑALVER, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentario a la Ley de arbitraje* (coords. DE MARTÍN MUÑOZ, A.; HIERRO ANIBARRO, S.), ob. cit., p. 641; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: "Comentario al artículo 44", en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERÍ LLOBREGAT, J.), ob. cit., pp. 1428-1429.

ción forzosa de los laudos que resuelvan la controversia principal, el planteamiento del legislador no nos merece ninguna crítica, teniendo en cuenta, como lo expusimos anteriormente, que la ejecución forzosa siempre se predica de decisiones con contenido de condena. Sin embargo, no podemos negar la dificultad que la aplicación de esta norma suscita cuando se trate de la suspensión de laudos cautelares con contenido declarativo o constitutivo.

El legislador no da pistas sobre la forma como deberá componerse en estos casos concretos la caución, ni tampoco excepciona este elemento de garantía cuando de uno de tales tipos de laudos se tratara. A nuestro juicio, lo anterior claramente demuestra, una vez más, lo desafortunada que resulta la remisión efectuada por el artículo 23 Ley 60/2003 a las normas sobre la ejecución forzosa de los laudos.

Precisamente, estas dificultades interpretativas en torno a la suspensión de la ejecución de los laudos cautelares, -que al final se traducen en el cuestionamiento en torno a lo eficaz que resulta solicitar medidas cautelares a los árbitros-, ha sido uno de los argumentos de algunos autores en la doctrina española para afirmar que cuando se trate de la ejecución de este tipo de laudos, no debe operar *ipso iure*, previa solicitud, la concesión de la suspensión de aquella¹³²; se requiere, dicen ellos, analizar cuál es el tipo de pretensión que envuelve la decisión para, a partir de allí decidir si se concede o no la suspensión.

El punto de partida de aquellos que consideran viable negar la suspensión solicitada cuando se trate de laudos que concedan medidas cautelares declarativas o constitutivas, es que asumen que la facultad que tienen los jueces en ejecución para decidir acerca de la misma, es de tipo discrecional.

132 Así lo considera, MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, ob. cit., pp. 288-290; BUSTO LAGO, J. M.: *El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución*, ob. cit.

Esta posición la defienden argumentando lo perjudicial que resulta para la tutela cautelar retardar, vía suspensión, la ejecución de los laudos cautelares, y destacan además que las normas sobre ejecución que reúne la LEC 1/2000, precisan la libertad del juez competente para resolver en torno a la solicitud comentada.

Existe en la doctrina, incluso, quien afirma que:

...el ejercicio de una acción de anulación frente a la resolución de los árbitros por los que se acuerda adoptar una medida cautelar no puede tener efectos suspensivos pues si así fuera la tramitación de dicha impugnación podría provocar la realización de actuaciones por el sujeto que tiene que soportar la medida que podrían llevar a que ésta, una vez resuelta la impugnación ya no tuviera sentido y hubiera perdido toda su eficacia¹³³.

Sin duda, compartimos el disgusto de la doctrina en torno a lo desafortunado que resulta para el régimen de los laudos cautelares, permitir la suspensión de la ejecución de los mismos con la simple solicitud de la parte ejecutada y la prestación de una caución; sin embargo, no creemos que vía interpretación se pueda optar por afirmar que la facultad del juez al respecto es discrecional¹³⁴, ya que, a nuestro juicio,

133 REVERÓN PALENZUELA, B.: “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje* (dir. GARBERI LLOBREGAT, J.), ob. cit., p. 474.

134 Así lo manifiesta, con ocasión de la ejecución de los laudos que resuelven la controversia final, SENÉS MOTILLA, C.: “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ob. cit., pp. 309-316, que expresamente dice: “...la ley no concede margen de discrecionalidad al juez ejecutor para acordar la suspensión...”. También lo creía así PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, ob. cit., pp. 157-159, para quien aunque el precepto sí contempla el carácter “automático” de la suspensión, consideraba “...que el juez también debería poder en atención a las circunstancias, denegar la suspensión...”. Sin embargo, esta última ha atenuado su posición en PARDO IRANZO, V.: “Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral”, en *Revista General de Derecho Procesal*, ob. cit., donde dice que para hacer aquello sería necesario modificar el precepto.

el artículo 45 Ley 60/2003 es claro y, por ende, no resulta correcto modificarlo, vía interpretación.

A nuestro juicio, la incompatibilidad de exigir caución cuando la medida solicitada fuere de tipo declarativo o constitutivo, no puede acarrear la negativa de suspender el proceso de ejecución, siempre que se estuviese frente a un laudo cautelar que involviere uno de estos tipos de medidas; esto supondría para todos aquellos beneficiados con una medida cautelar de este tipo, una carga negativa que no tendrían por qué asumir. Lo conveniente será entonces optar por aplicar aquel artículo 529 LEC 1/2000, en la medida que sea posible; en otras palabras: cuando se quiera ejecutar una medida cautelar declarativa o constitutiva, se deberá permitir la suspensión, sin exigir, en esos casos puntuales, la caución.

6.2. Alzamiento de la suspensión

Siendo que la suspensión de la ejecución se funda en la acción de anulación iniciada contra el laudo que se pretendía ejecutar, es coherente que la suspensión se mantenga mientras dure el proceso de anulación. Así lo ha entendido el legislador español, cuando en el artículo 45.2 Ley 60/2003, ordena que el secretario judicial alce la suspensión cuando el juzgado tenga conocimiento de la desestimación de la acción de anulación. Al mismo tiempo señala que, una vez producido el alzamiento, el secretario deberá ordenar que "...continúe la ejecución...", y el ejecutante podrá "...solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución...", conforme los artículos 712 y siguientes de la LEC 1/2000.

Nada se dijo acerca de la forma por medio de la cual el secretario, más exactamente el Juzgado, conocería del resultado de la acción de anulación. Ni siquiera se exigió al beneficiado con la suspensión, el deber de información en torno al resultado de dicha acción. Así las cosas, habrá

que estarse en cada caso concreto a la labor diligente del ejecutante, y a la actuación de buena fe del ejecutado, teniendo en cuenta que no cabrá esperar que el secretario se interese en estar al tanto del desarrollo y desenlace de la acción de anulación. Algo similar ocurre frente al alzamiento de la suspensión que con carácter general se contempla en el artículo 565 LEC 1/2000, el cual no determina las formas que deben realizarse para efectuar tal alzamiento¹³⁵.

Por otra parte, en Colombia, tanto el CGP como la Ley 1563/2012 guardan silencio sobre el alzamiento de la suspensión de la ejecución. En virtud de la necesidad de contar con sistemas legales seguros, apostamos por la regulación, en la legislación colombiana, de un procedimiento para alzar la suspensión de la ejecución, en donde se estipule a quién le corresponde la obligación de anunciar el fracaso de la anulación, los medios y plazos para hacerlo, así como quién tiene la obligación de alzar propiamente la ejecución, aspecto que, como veíamos, sí se plantea en la Ley arbitral española.

En torno al sujeto en quien deberá recaer la obligación de anunciar el fracaso de la anulación, proponemos que se imponga la misma a quien se presupone es el interesado en la ejecución, es decir, el ejecutante, habilitándosele al mismo tiempo para la presentación de un documento escrito que fundamente su solicitud.

Lo relativo al sujeto en quien recae el deber de alzar la suspensión, deberá establecerse partiendo de la base de que en Colombia –a diferencia de España–, quien suspende la ejecución es el juez competente que conoce la anulación. En consecuencia, en aras de la coherencia normativa, lo más acertado sería que aquel que conoce de la solicitud de sus-

135 SABATER MARTÍN, A: “Artículo 565 LEC 1/2000”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÀ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. (coords), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., p. 2767.

pensión, fuere el mismo que la levantara, lo cual obligaría a decir que siempre que el competente para decidir la suspensión fuere quien conoce de la anulación, corresponderá a este mismo levantarla.

En todo caso, desde aquí manifestamos lo conveniente que sería, en función de los intereses en juego en todo proceso de ejecución, que tanto la solicitud de suspensión de la ejecución como su alzamiento, fueren competencia del juez que conoce de la ejecución.

6.3. *Alzamiento de la ejecución*

Cuando el proceso de anulación que se surte sobre el laudo cuya ejecución se ha suspendido, termine con sentencia estimatoria de la anulación, el proceso de ejecución pierde sentido y, en consecuencia, será necesario su alzamiento.

La Ley 60/2003 dispone, en su artículo 45.3, que el secretario judicial deberá alzar, directamente, la ejecución. Sin embargo, no se establece un mecanismo que le permita enterarse del sentido de la decisión que resuelve la anulación; en consecuencia, una vez más reiteramos lo dicho con ocasión del alzamiento de la suspensión: habrá que estarse al papel desempeñado por las partes¹³⁶, pues no es posible exigirle al funcionario judicial un papel activo en la consecución de la información respectiva.

Siendo que el artículo 45 Ley 60/2003 ha sido contemplado con ocasión de la ejecución forzosa del laudo que resuelve la controversia final, el cual puede tratar distintos asuntos, se asume la posibilidad de que la estimación de la anulación haya sido parcial, remitiendo al artículo 533.2 de la Ley procesal general a efectos de la ejecución. Para

136 JIMÉNEZ GARCÍA, D.: "Comentario al artículo 45", en *Comentarios breves a la Ley de arbitraje* (coord. DÍAZ-BASTIEN, E.), ob. cit., p. 238.

trasladar este artículo a los laudos cautelares habrá que decir, necesariamente, que el mismo solo podrá ser aplicado cuando el Tribunal arbitral hubiere decidido la adopción de distintas cautelas, y en la anulación solo se hubieren estimado algunas.

Ni en la legislación procesal general, ni en la normativa arbitral colombiana, existe regulación sobre el alzamiento de la ejecución cuando prospere la anulación. Como lo planteamos con ocasión del también vacío normativo existente en torno al alzamiento de la suspensión a causa del fracaso de la anulación, se hace necesaria una modificación legislativa que regule la materia.

Acerca de quién sería el sujeto interesado en solicitar el alzamiento de la ejecución, tendríamos que decir que, a diferencia de lo que ocurre respecto del alzamiento de la suspensión, aquí el interesado sería el beneficiado con la anulación, es decir, quien hasta ese momento es ejecutado en suspenso.

Caben aquí las mismas consideraciones hechas en torno a quién debe ser el sujeto facultado para levantar la suspensión de la ejecución. Es decir, mientras no haya una modificación legal en torno al competente para conocer de la suspensión de la ejecución, este mismo será el competente para levantarla; y se apuesta en todo caso, desde aquí, por una modificación legal que condense ambas facultades en el juez que esté conociendo de la ejecución.

IV. EJECUCIÓN DEL AUTO CAUTELAR

Cuando la elección del interesado en la concesión de una medida cautelar haya sido recurrir a la jurisdicción a intentar la misma, el resultado de aquella primera aproximación será un auto cautelar que necesariamente deberá ser objeto de un proceso ejecutivo con el fin de conseguir los efectos de aquella medida cautelar adoptada.

1. Normativa a aplicar

Siendo expresión directa de la función ejecutiva de la jurisdicción, el legislador español contempló, a partir del artículo 517 de la LEC 1/2000, las normas precisas para la ejecución forzosa de las sentencias¹³⁷.

Ahora, frente a la necesidad de determinar el régimen normativo a aplicar a efectos de ejecutar los autos cautelares, como verdadera ejecución que es, la primera pregunta necesaria que deberá plantearse es si aquel régimen general de ejecución forzosa, será el que deba ser aplicado en primera instancia a los autos cautelares. La respuesta a la cuestión anterior tendrá que ser negativa, pues en el capítulo II *sobre el procedimiento para la adopción de medidas cautelares*, existe una norma particular sobre la ejecución de los autos que las contienen. Se trata del artículo 738 el cual señala que, una vez acordada la medida cautelar y prestada la caución, el juez oficiosamente deberá dar “...inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios”¹³⁸.

Sin embargo, sería un error negar rotundamente la aplicación de la normativa sobre ejecución forzosa de sentencias a la ejecución de los autos cautelares, ya que el propio artículo 738 LEC 1/2000¹³⁹ remite en términos genéricos, siempre que fuere necesario, a lo previsto para aquella¹⁴⁰. Se plantea, además que, cuando la medida acordada fuere un embargo preventivo, la administración judicial, o la

137 ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., pp. 321-329.

138 Sobre este artículo, ver VALLS GOMBAU, J. F.: “Artículo 738 LEC 1/2000”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., RIFÀ SOLER, J. M.; VALLS GOMBAU, J. F. (coords), AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ob. cit., pp. 3347-3348.

139 Ver, AAP de Castellón (secc. 3) n.º 322/2006, 23 de junio, B. D.: Westlaw (JUR 2006/253215); AAP de Barcelona (secc. 12) n.º 102/2004, de 7 de mayo, B. D.: Westlaw (JUR 2004/181302); AAP de Tarragona (secc. 1) n.º 445/2003, de 26 de marzo de 2004, B. D.: Westlaw (JUR 2004/121701).

140 ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., p. 321.

anotación preventiva, será aplicable lo propio del proceso de ejecución forzosa.

Se tiene entonces que, cuando los autos cautelares requieran ser ejecutados, el régimen de la ejecución forzosa de sentencias, en principio, será aplicable por remisión expresa del artículo arriba mencionado, y también, cuando haya lugar, por analogía¹⁴¹.

Respecto de las remisiones puntuales sobre las medidas cautelares antes vistas, tendrá que anotarse que las mismas no presentan problemas, ya que el legislador ha sido especialmente cuidadoso al estipularlas. Al contrario, en torno a la remisión genérica que hace a las normas sobre ejecución de sentencias, será necesario detenerse en ella para tratar de darle contenido.

Siendo que en Colombia los jueces podrán adoptar medidas cautelares al interior de un arbitraje internacional, la ejecución de aquellos autos cautelares seguirá las normas propias planteadas por el legislador en el CGP, artículos 590 y ss.

2. Juez competente

Conforme los artículos 738 LEC 1/2000 y 590 CGP, la ejecución de los autos de contenido cautelar es competencia del mismo juez que previamente ha dictado dicha resolución. No existen normas que planteen una excepción sobre tal competencia para los eventos en que tal auto haya sido dictado con ocasión de un arbitraje; por lo tanto, nada distinto podrá decirse de lo antes apuntado: el juez que dicta el auto cautelar será quien lo deberá ejecutar.

Este aspecto puede llevar a que la adopción de medidas cautelares por los jueces, resulte más atractiva para las

141 BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, ob. cit., p. 366; ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., pp. 321-323.

partes, teniendo en cuenta la inmediatez que supone la anterior norma de competencia, al obligar al mismo juez que adopta la medida, a ejecutarla. Sin embargo, juzgamos conveniente que las partes mediten ante quien acudir para la adopción de las medidas cautelares, dado que la celeridad que en términos de ejecución les pueden brindar los jueces, se ve disminuida por el tiempo que lleva acudir ante la jurisdicción, al venir de un procedimiento arbitral, a solicitar el decreto de las mismas.

3. Ejecución de oficio

Conforme el artículo 738 LEC 1/2000, el juez que dicta el auto cautelar deberá, oficiosamente, realizar todos los actos necesarios para conseguir la materialización de la cautela acordada. No se requerirá petición de parte, como sucede cuando se pretende ejecutar forzosamente una sentencia, o bien, un laudo cautelar, que, como veíamos, exige la presentación por parte del interesado –demandante cautelar–, de una demanda ejecutiva. En consecuencia, no habrá lugar a aplicar, por remisión, las normas relativas a la demanda ejecutiva y el despacho de ejecución, propias de la ejecución forzosa de sentencias¹⁴².

El hecho de no exigir que, al ejecutar un auto cautelar, no se deba formular una demanda formal ante el juez competente, porque este está obligado a iniciar de oficio la ejecución del mismo, significa, de cara al arbitraje, sin lugar a dudas, una ventaja significativa de la adopción de las medidas cautelares por los jueces frente a las que adoptan los árbitros, pues la ejecución de estas últimas implicará necesariamente más tiempo, teniendo en cuenta que será la parte interesada quien deberá instar ante la jurisdicción la solicitud de la ejecución forzosa del laudo con contenido cautelar.

142 ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, ob. cit., p. 324.

Quedan entonces una vez más al descubierto los obstáculos que existen para que la posibilidad actual de que los árbitros adopten medidas cautelares, se convierta realmente en una opción viable para las partes en un arbitraje.

Hemos mencionado reiteradamente las ventajas que supone el hecho de que los árbitros sean quienes decidan acerca de la adopción de las medidas cautelares, teniendo en cuenta el conocimiento que tienen sobre el caso objeto de debate; sin embargo, es justo reconocer que esa opción ya contemplada en la Ley (art. 23 Ley 60/2003), se ve limitada al momento de su ejecución, ya que la celeridad que se alcanza con la solicitud de las cautelas a los árbitros, se pierde por la necesidad de acudir ante los jueces, vía demanda de ejecución, a solicitar la puesta en marcha de todas aquellas medidas necesarias para obtener un resultado real de la cautela adoptada.

4. Un caso puntual: la ejecución de autos cautelares extranjeros

Tanto la legislación española como la colombiana han hecho frente a la situación que se presenta cuando existe la necesidad de que una sentencia, resolución o providencia judicial dictada en otro país, surta efectos al interior de sus fronteras. Así, en los artículos 951 a 958 LEC de 1881 (aún vigentes en virtud de la Disposición Derogatoria Única) y en los preceptos 605 a 607 del CGP, se dispone todo lo relativo al juez competente, a los requisitos y el procedimiento que debe llevarse a cabo para el “*reconocimiento y ejecución*” del país europeo, o el simple “*exequátur*” del país latinoamericano.

Son muchas las diferencias que alejan el régimen arbitral en materia de medidas cautelares de la Ley 60/2003, del recogido en la Ley 1563/2012; de ellas se da cuenta, con exhaustividad, a lo largo de este libro. Esta situación se reproduce en materia del reconocimiento, ejecución o exequátur de las resoluciones extranjeras, en relación con

el órgano competente para efectuarlos; así, en España será el juez que ocupa el primer lugar en la escala jerárquica de la jurisdicción: el Juez de Primera Instancia (art. 955 LEC de 1881); mientras que en Colombia, el *exequátur* ha sido reservado para el máximo órgano jurisdiccional: la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (art. 607 CGP).

Sin embargo, sería un error negar la desafortunada proximidad entre dichos sistemas, en relación con la ejecución de los autos judiciales dictados en el extranjero. Y es que los requisitos y el procedimiento dispuesto en tales regímenes para incorporar y ejecutar resoluciones judiciales adoptadas en otros países, son semejantes.

Ambos establecen una serie de condiciones similares que deberá reunir la providencia judicial (art. 953-954 LEC de 1881 y 606 CGP) que se pretenda someter a la ‘correspondiente’ validación; y de la misma manera ocurre con el procedimiento judicial que deberá llevarse a cabo para el efecto (arts. 956 a 958 LEC de 1881 y 607 CGP). Es precisamente este último el motivo de nuestro descalificativo al expresar *supra* la cercanía entre ambos sistemas.

En el proceso general español se dispone que el juez competente deberá citar a la parte afectada, en este caso con la medida cautelar adoptada, para que concurra al Juzgado en el término de 30 días, la cual, junto con el Ministerio Fiscal, tendrá un plazo de nueve días a partir de su comparecencia para formular alegaciones, luego de lo cual el juez deberá dictar sentencia. Por su parte, el artículo 607 CGP dispone que una vez admitida la demanda de *exequátur*, el juez competente dará traslado de la misma al demandado, y al procurador delegado por el término de cinco días, en el cual podrán pedirse pruebas. Vencido dicho término, se fijará audiencia para practicarlas, escuchar las alegaciones de las partes y dictar sentencia.

Así las cosas, mientras el procedimiento por medio del cual las resoluciones extranjeras que adoptan cautelas llevado a cabo en Colombia es ágil, el que se surte en España

tiene una duración promedio de cuarenta días, lo cual, analizada bajo el prisma característico de la tutela cautelar, resulta desafortunada. Y es que si se enfrenta a la celeridad, elemento inherente del sistema cautelar, al procedimiento esbozados anteriormente, se debe decir necesariamente que su tardanza resulta excesiva cuando de medidas cautelares se trate, y aún más, cuando las mismas se requieran al interior de un arbitraje.

Y es que las dificultades que acarrea lo anterior, son de gran calado. Piénsese, por ejemplo, en la situación que se presentaría de llegar a ser adoptada una medida cautelar por un Tribunal judicial extranjero, que no alcanza a ser incorporada al ordenamiento español y, por ende, no es ejecutada, antes de la finalización del arbitraje que resuelve de forma positiva a los intereses del beneficiado con la cautela. Ocurriría entonces que el favorecido con la tutela cautelar, y luego con el laudo arbitral, se vería privado de gozar de aquella, al no haber podido ejecutar el laudo arbitral que decretaba la cautela y, quizás, también, de la efectividad de la tutela ejecutiva que podría verse menguada por la ausencia de aquella medida cautelar que debía garantizarla. Es una realidad que situaciones como la anterior, a nuestro juicio, debilitan la credibilidad en el sistema arbitral como un mecanismo de resolución de conflictos que se supone ágil.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABASCAL, J. M.: “The art of interim measures”, en *International arbitration 2006: back to basics?* (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), AA. VV., ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, 2007, pp. 751-767.

ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Problemas que plantea la aplicación del plazo de espera para despachar ejecución: interpretación práctica del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Diario La Ley*, n.º 7223, año xxx, ref. D-258, 22 de julio de 2009, La Ley 13436/2009, B. D.: [www.diariolaley.es].

ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Intervención de Abogado y Procurador en los procesos de ejecución: supuestos conflictivos”, en *Diario La Ley*, n.º 7274, año xxx, ref. D-340, 2 de noviembre de 2009, La Ley 18789/2011, B. D.: [www.diariolaley.es].

ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “La suspensión del proceso de ejecución civil: problemática a la luz de las últimas reformas procesales”, en *Diario La Ley*, n.º 7379, año xxxi, ref. D-121, 13 de abril de 2010, La Ley 1291/2010, B. D.: [www.diariolaley.es].

ACHÓN BRUÑÉN, M. J.: “Elevación de la cantidad para exigir abogado y procurador: efectos de la Ley 4/2011 y problemas todavía no resueltos”, en *Diario La Ley*, n.º 7645, año xxxvii, ref. D-233, 6 de junio de 2011, La Ley 11432/2011, B. D.: [www.diariolaley.es].

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La doctrina sobre la anulación del laudo por infracción de normas", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 39, 2009, pp. 609-618.

ALJURE SALAME, A.: "Comentario a la sentencia de anulación del laudo arbitral Bancolombia v. Gilinski", en *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 9, julio-diciembre 2008, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, pp. 169-178.

ALONSO SAURA, M. P.: "Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción. Medidas cautelares sin audiencia previa del demandado", en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil* (dir. MONTALBÁN AVILÉS, A.), AA. VV., Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 19-61.

ÁLVAREZ, H.; KAPLAN, N.; RIVKIN, D.: *Model law decisions. Cases applying the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration (1985-2001)*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2003.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: *La anulación del laudo arbitral el proceso arbitral y su impugnación*, Granada, Editorial Comares, 1996.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: "Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XXV, n.º 6108, de 18 de octubre de 2004, B. D.: [www.laley.es].

ANZOLA, E.: "¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?", en *Revista internacional de arbitraje*, n.º 9, julio-diciembre 2008, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, pp. 105-129.

ARAGONESES, P.; GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, t. III, 7.ª ed., Thomson Civitas, 2006.

ARBOLEDA PERDOMO, E.: "La constitucionalización del arbitraje", en *Constitucionalización del derecho privado, Actas del Tercer Congreso Internacional de la Associatioin Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, AA. VV. (dir. LARROUMET, C.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Associatioin Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, 2007, pp. 335-337.

ARMENGOT VILAPLANA, A.: "La tutela judicial cautelar especial. Una visión general de las normas procesales especiales sobre la tutela cautelar", en *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 10, 2004, pp. 27-44.

ARMENGOT VILAPLANA, A.: "Las medidas cautelares con la Ley 1/ 2000 de Enjuiciamiento Civil", en *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 10, 2004, pp. 49-56.

ARMENGOT VILAPLANA, A.: "La caución. Presupuesto para la adopción de medidas cautelares", en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil (ejemplar dedicado a: la caución en la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, n.º 30, 2006, pp. 18-38.

ARNALDEZ, J-J.; DERAIS, Y.; JARVIN, S.: *Collection or ICC Arbitral Awards 1986-1990*; The Netherlands, Kluwer, 1994.

ARNALDEZ, J-J.; DERAIS, Y.; HASCHER, D. y JARVIN, S.: *Collection of ICC Arbitral Awards. 2001-2007*, The Hague, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M.: "La controvertida firmeza del laudo", en *Diario La Ley*, n.º 6673, año XXVIII, 16 de marzo de 2007, B. D.: [www.diariolaley.es].

ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M.: "La controvertida firmeza del laudo", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 191-222.

ARTUCH IRIBERRI, E.: *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Eurolex, 1997.

ASA SWISS ARBITRATION ASSOCIATION; IBA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION:
Arbitral Tribunal sor State Courts who must defer to whom?,
 Conference in Zurich of January 28, 2001, January, 2001.

AZPARREN LUCAS, A.: "Intervención judicial en el arbitraje. La apreciación de oficio de cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral", en *Diario La Ley*, n.º 6789, año XXVIII, de 28 de septiembre de 2007, B. D.: [www.diariolaley.es].

AZULA CAMACHO, J.: *Manual de Derecho Procesal*, t. I, Teoría general del proceso, 9.ª ed., Bogotá, Temis, 2008.

AZULA CAMACHO, J.: *Manual de Derecho Procesal*, t. II, Parte General, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2004.

AZULA CAMACHO, J.: *Manual de Derecho Procesal*, t. III, Procesos de conocimiento, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 2005.

AZULA CAMACHO, J.: *Manual de Derecho Procesal*, t. V, Procesos de liquidación, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2004.

BANACLOCHE PALAO, J.: *Los juzgados de lo mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Navarra, Thomson Civitas, 2005.

BAÑUELOS RIZO, V.: *Arbitraje comercial internacional*, México, Limusa, 2010.

BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Granada, Comares, 1995.

BARONA VILAR, S.: *Solución extajurisdiccional de conflictos "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

BARONA VILAR, S.: "Algunas consideraciones en torno a las medidas cautelares en los procesos arbitrales tras la Ley 1/2000, de 7 de enero", en *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 1, Madrid, 2002, pp. 83-102.

- BARONA VILAR, S.: “Reflexiones en torno a las medidas cautelares en el arbitraje (*un paso adelante con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*)”, en *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pp. 729-758.
- BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, 1.^a ed., Thomson Civitas, 2006.
- BARONA VILAR, S. (dir.), AA. VV.: *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, 1.^a ed., Thomson Civitas, 2007.
- BARONA VILAR, S.: *Competencia desleal tutela jurisdiccional –especialmente proceso civil– y extrajurisdiccional: doctrina, jurisdicción y jurisprudencia*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- BARONA VILAR, S.: “El laudo arbitral: motivación, plazos y causas de anulación. El laudo conciliatorio”, en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, AA. VV. (coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Madrid, Tecnos, 2010, pp. 272-301.
- BARONA VILAR, S. (coord.), AA. VV.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, Madrid, Thomson Civitas, 2011.
- BARONA VILAR, S.: “Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, n.º 1, 2011, pp. 185-211.
- BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C. y ZAPATA DE ARBELÁEZ, A. (dirs.), AA. VV.: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica regulación presente y tendencias del futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J. y MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional I. Proceso civil*, 19.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- BARONA VILAR, S.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTERO AROCA, J. y MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 19.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

- BAYKITCH, A.; TRUONG, J.: "Innovations in international commercial arbitration-interim measures a way forward or back to the futures", en *The journal of the Institute of arbitrators e mediators 30th Anniversary Special Edition*, vol. 24, n.º 2, diciembre 2005, pp. 95-104.
- BHASIN, L.: "The grant of interim relief under the Indian Arbitration Act of 1996", en *International arbitration and national courts: the never ending story*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2001.
- BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A. y HUNTER, M.: *Redfern and Hunter on international arbitration*, 5.^a ed., New York, Oxford, 2009.
- BEECHEY, J.; KENNY, G.: "How to control the impact of time running between the occurrence of the damage and its full compensation: complementary and alternative remedies in interim relief proceedings", en *Interest, auxiliary and alternative remedies in international arbitration* (eds. DE LY, F.; LÉVY, L.), AA. VV., ICC Institute of World Business Law, 2008, pp. 91-130.
- BEJARANO GUZMÁN, R: *Procesos declarativos*, 5.^a ed., Bogotá, Temis, 2011.
- BENETTI SALGAR, J. J.: *El arbitraje en el derecho colombiano*, 3.^a ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, Kimpres, 2009.
- BERGER, K. P.: *Private dispute resolution in international business. Negotiation, mediation, arbitration*, 2.^a ed., vol. II: Handbook, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009.
- BERROCAL JAIME, A.: "Las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil durante el último trimestre de 2003", en *Diario La Ley*, n.º 5955, año XXV, 23 de febrero de 2004, B. D.: [www.diariolaley.es].
- BINDER, P.: *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, 3.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2010.

- BONI DE SOUZA, A.: "Brazil", en *International Commercial Dispute Resolution* (ed. WARNE, J.), AA. VV., Great Britain, Tottel Publishing, 2009, pp. 67-84.
- BOSE, R.; TALREJA, M.: "Interim measures: amendments to the UNCITRAL Model Law and the International Arbitration Act", en *Singapore International Arbitration Centre*, B. D.: [www.siac.org], pp. 1-2.
- BORN, G. B.: *International commercial arbitration*, vol. II, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009.
- BORN, G. B.: *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, 3.^a ed., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010.
- BRICEÑO BERRÚ, J. E.: "Teoría y praxis del arbitraje comercial internacional en América Latina", en *Diritto del Commercio Internazionale: practica internazionale e diritto*, vol. 23, n.º 3, 2009, pp. 611-659.
- BROWN, H.; MARRIOTT, A.: *ADR Principles and practice*, 2.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 1999.
- BUCY, D. R.: "How to best protect party rights: the future of interim relief in international commercial arbitration under the amended UNCITRAL model law", en *American University International Law Review*, vol. 5, n.º 3, 2010, pp. 579-609.
- BÜHRING-UHLE, C.; KIRCHHOFF, L. y SCHERER, G.: *Arbitration and mediation in international business*, 2.^a ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2006.
- BUIGUES OLIVER, G.: *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, Madrid, Montecorvo, 1990.
- BUNNI, N. G.: "Interim measures in international commercial arbitration: a commentary on the report by Luis Enrique Graham", en *50 years of the New York Convention*, AA. VV. (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, pp. 583-605.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: "Naturaleza y ámbito del arbitraje en la Ley 60/2003. Asistencia judicial al arbitraje", en *Diario La Ley*, n.º 6745, año XXVIII, ref. D-151, 28 de junio de 2007, B. D.: [www.leynexus.com].

BUSTO LAGO, J. M.: "El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7, 2010, B. D.: [www.westlaw.com], BIB 2010/2168.

CAIRNS, D. J. A.: "The spanish application of the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration", en *Arbitration International*, vol. 22, n.º 4, pp. 573-595.

CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALDERÓN CUADRADO, M. P.: "El nuevo régimen legal de medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio entre intereses contrapuestos", en *Revista jurídica de Catalunya*, n.º 4, 2001, pp. 305-321.

CALDERÓN CUADRADO, M. P.: "La adopción de las medidas cautelares: requisitos y características del proceso cautelar", en *Derecho Procesal Civil* (comp. GIMENO SENDRA, V.), Madrid, Iustel, 2002, B. D.: [www.iustel.com].

CALDERÓN CUADRADO, M. P.: "Legitimación y tutela cautelar (breves notas para su estudio)", en *Revista del Poder Judicial*, n.º 75, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 157-181.

CALVO CARAVACA, A. L.: "Medidas cautelares y arbitraje privado internacional", en *Diario La Ley*, n.º 6128, año XXV, ref. D-232, 16 de noviembre de 2004, B. D.: [www.leynexus.com].

CALVO CARAVACA, A. L.: "Medidas cautelares y comercio internacional", en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil* (dir. MONTALBÁN AVILÉS, A.), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 559-600.

CANOSA TORRADO, F.: *Medidas cautelares en procesos ordinarios, desarrollo jurídico-procesal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1999.

- CANTURIAS SALAVERRY, F.: "Algunos cortos apuntes acerca de la nueva Ley de Arbitraje Peruana", en *Revista internacional de arbitraje*, n.º 9, julio-diciembre 2008, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, pp. 25-35.
- CAPPER, P.: *International arbitration: a handbook*, 3.ª ed., London, 2004.
- CARAZO, LIÉBANA, M. J.: *El arbitraje societario*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- CARNACINI, T.: *Arbitraje* (trad. SENTÍS MELENDO, S.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, 1961.
- CARON, D. D.; CAPLAN, L. M. y PELLONPÄÄ, M.: *The UNCITRAL arbitration rules*, Great Britain, Oxford University Press, 2006.
- CARRERAS LLANSANA, J.: "Las medidas cautelares del art. 1428 de la LEC", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, pp. 473-494.
- CARRERAS MARAÑA, J. M.: "La tutela cautelar del arbitraje, en especial, la potestad cautelar arbitral", en *Práctica de Tribunales: Revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 15, 2005, pp. 5-17.
- CASTELLO, J.: "Arbitral ex parte interim relief", en *Dispute Resolution Journal*, agosto, 2003.
- CERVANTES-BRAVO, I. G.: "Comentarios a la Ley de Arbitraje española", en *Revista Universitas*, n.º 115, Bogotá, enero-junio, 2008, pp. 17-48.
- CHIOVENDA, G.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, J. M. Bosch, 2000.
- CIADI: "Decisión sobre medidas provisionales, Caso CIADI n.º ARB/06/11", en *Revista internacional de arbitraje*, n.º 9, julio-diciembre, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, 2008.

- CLAROS ALEGRÍA, P.: "Arbitraje la acción de anulación del laudo arbitral", en *Economist & Jurist*, vol. 16, n.º 122, 2008, pp. 64-77.
- COLMENERO GUERRA, J. A.: "La ejecución forzosa de los laudos arbitrales", en *La ejecución civil*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 405-438.
- COLMENERO GUERRA, J. A.: "La intervención del juez en el arbitraje de consumo (RD 231 / 2008). Medidas cautelares, pruebas, medios de impugnación y ejecución", en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Madrid, Tecnos, 2010, pp. 311-312.
- COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (dir.): *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*, Perú, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011.
- CONEJERO ROOS, C.: "El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2004, pp. 255-289.
- COOK, T.; GARCÍA, A. I.: *International Intellectual Property Arbitration*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010.
- CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995.
- CORDÓN MORENO, F.: *El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje*, Navarra, Thomson Civitas, 2005.
- CREMADES, B. M.: "Overcoming the clash of legal cultures: the role of interactive arbitration" (Chapter 9), en *Conflicting legal cultures in commercial arbitration old issues and new trends*, United Kingdom, Kluwer law international, 1999.
- CREMADES, B. M.: "La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje", en *Diario La Ley*, n.º 7024, año XXIX, ref. D-277, 2008.

- CUCARELLA GALIANA, L. A.: “Artículo 23. La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares”, en *Anuario de Justicia Alternativa: dedicado a Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, n.º 5, 2004, pp. 85-106.
- CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.
- DAMIÁN MORENO, J. (dir.), AA. VV.: *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, Madrid, La Ley, 2011.
- DE ALFONSO, J. M.: “Un arbitraje más eficiente después de la Ley 11/2011: comentarios prácticos iniciales”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 3, 2011, pp. 9-40.
- DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.: “Medidas cautelares en el arbitraje nacional e internacional”, en *Diario La Ley*, ref. D-105, t. 3, 2000.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M.: “Tres apuntes sobre la reforma de la Ley de Arbitraje”, en *Diario La Ley*, n.º 7533, año xxxi, ref. D-387, 22 de diciembre de 2010, B. D.: [www.leynexus.com].
- DELVOLVÉ, J. L.; POINTON, G. y ROUCHE, J.: *French Arbitration Law and Practice. A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2.ª ed., Países Bajos, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Civitas, 2001.
- DE LA ROCHA GARCÍA, E.: *La ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Editorial Comares, 2001.
- DE MARTÍN MUÑOZ, A. y HIERRO ANIBARRO, S. (coords.), AA. VV.: *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

DE MIQUEL BERENGUER, J.: "Lo que nos queda cuando todo está perdido: el recurso de anulación contra el laudo arbitral", en *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa* (coords. MONTAÑA, M., SELLARÉS, J.), Difusión Jurídica, 2011, pp. 95-126.

DERAINS, Y.: "The view against arbitral ex parte interim relief", en *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, n.º 3, 2003, pp. 61-63.

DERAINS, Y.: "Ex parte interim relief and the UNCITRAL model law", en *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, n.º 3, 2003, pp. 63-64.

DERAINS Y. y SCHWARTZ, E. A.: *A guide to the ICC rules of arbitration*, 2.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2005.

DÍAZ-BASTIEN, E. (coord.), AA. VV.: *Comentarios breves a la Ley de arbitraje*, Madrid, Reus, 2007.

DÍAZ-CANDIA, H.: *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, Navarra, Thomson Reuters, 2011.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.: *Derecho procesal civil Proceso Concursal Arbitraje*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

DONOVAN, D.: "The allocation of authority between courts and Arbitral Tribunals to order interim measures: a survey of jurisdictions, the work of UNCITRAL and a model proposal", en *New horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2005.

ESCALER BASCOMPTE, R.: "La caución para la adopción de medidas cautelares: ¿hay que ofrecerla necesariamente como presupuesto para ser acordada la medida o opera como mera condición de ejecutividad de la medida ya acordada? (arts. 728.3 en relación con el 737 LEC)", en *Justicia: Revista de derecho procesal*, n.ºs 3-4, 2007, pp. 167-169.

ESCUDERO ALZATE, M. C.: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*, 13.ª ed., Bogotá, Leyer, 2009.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Navarra, Thomson Civitas, 2007.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Líneas generales de la regulación del arbitraje en Europa en las últimas décadas: paralelismos y divergencias con el proceso latinoamericano", en *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica, regulación presente y tendencias del futuro* (dirs. BARONA VILAR, S.; ESPLUGUES MOTA, C.; ZAPATA DE ARBELÁEZ, A.), AA. VV., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 37-57.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: "Acerca de la introducción de las llamadas medidas cautelares *ex parte* en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional", en *Revista DECITA*, 2005, pp. 328-331.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (dir.), AA. VV.: *Medidas cautelares por razón de la materia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, Iurgium, 2001.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.: "El reformado artículo 8 de la Ley de arbitraje", en *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 13, 2012, La Ley 778/2012, B. D.: [www.diariolaley.es].

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Barcelona, Iurgium editores, Atelier, 2000.

FERNÁNDEZ GIL, C.: *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, Madrid, Tecnos, 2010.

FERNÁNDEZ MASÍÁ, E.: *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 19, enero-diciembre 2005, pp. 55-91.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje”, en *La nueva Ley de arbitraje* (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), Estudios de Derecho Judicial 102, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 65-176.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Arbitraje y justicia cautelar”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.

FINIZIO, S. P. y SPELLER, D.: *A practical guide to international commercial arbitration: assessment, planning and strategy*, Thomson Reuters, 2010.

FORTIER, L. Y.: “Interim measures: an arbitrator’s provisional views”, en *Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2008*, AA. VV. (ed. ROVINE, A. W.), The Netherlands, Fordham Law School, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 47-57.

FRANCO ARIAS, J.: “La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva ley de arbitraje de 2003”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 5, 2004, pp. 175-199.

FRIEDLAND, P.: *Arbitration clauses for international contracts*, 2.ª ed., New York, Juris publishing, 2007.

GAMBOA, N.: “Asistencia judicial en tribunales arbitrales”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 1999. B. D.: [www.servilex.com.pe].

GAILLARD, E. y PINSOLLE, P.: “The ICC Pre-Arbitral referee: the first practical experiences”, en *Arbitration International*, vol. 20, n.º 1, 2004, pp. 13-37.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), AA. VV.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2004.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M. y CASERO LINARES, L.: *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, 2.^a ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2007.
- GARCÍA PÉREZ, M.: *Arbitraje y derecho administrativo*, Navarra, Aranzadi, 2011.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M.: *Los nuevos tribunales de lo mercantil*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: "Medidas cautelares y arbitraje internacional", en *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 185-209.
- GASPAR LERA, S.: *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Navarra, Aranzadi, 1998.
- GASPAR LERA, S. y SAMANES ARA, C.: "La anulación del laudo en la Ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje", en *Revista del Poder Judicial*, n.º 75, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- GAVIRIA GUTIÉRREZ, E.: "Algunos aspectos del arbitramento", en *Temas de derecho procesal (civil y comercial)*, II Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Krucigrama, 1980.
- GHARAVI, H. G.: *The international effectiveness of the annulment of an arbitral award*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2002.
- GIL ECHEVERRY, J. H.: *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 3.^a ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.
- GOLA, P.; GOTZ, C. y GRAF, K. (eds.), AA. VV.: *Institutional arbitration, task and powers of different Arbitration Institutions*, Schulthess, 2009.
- GÓMEZ JENE, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007.

GÓMEZ JENE, M.: "Arbitraje y Ley 13/2009 para la implantación de la Nueva Oficina Judicial", en *Diario La Ley*, n.º 7348, año XXXI, ref. D-58, 2010, La Ley 411/2010, B. D.: [www.diariolaley.es].

GÓMEZ JENE, M.: "Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I", en *Diario La Ley*, n.º 7601, año XXXII, ref. D-142, 2011.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, Madrid, La Ley, 2008.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: "La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 223-282.

GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.), AA. VV.: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, 2.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011.

GONZALO QUIROGA, M.: *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, 2003.

GOSWAMI, L.: "Interim reliefs: the role of the Courts", en *International arbitration and National Courts: the never ending story*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2001.

GRAHAM, L. E.: "Interim measures – ongoing regulation and practices (a view from the UNCITRAL arbitration regimen)", en *50 years of the New York Convention* (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), AA. VV., ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, pp. 539-569.

GREENBERG, S.; KEE, C. y WEERAMANTRY, J. R.: *International commercial arbitration an Asia-Pacific perspective*, United State of America, Cambridge University Press, 2011.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dir.), AA. VV.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

HENAO CARRASQUILLA, O. E.; PADILLA NOGUERA, M. E. y RIVERA MARTÍNEZ, A.: *Código de procedimiento civil comentado*, 19.^a ed., Leyer, 2009.

HERRMANN, G.: "Power or arbitrators to determine procedures under the UNCITRAL Model Law", en INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION CONGRESS SERIES n.º 7: *Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 1996.

HERNÁNDEZ VILLAREAL, G.: "Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad enunciación de cautelas?", en *Revista Estudio socio jurídico*, Bogotá, 2007.

HINOJOSA SEGOVIA, R. (coord.), AA. VV.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Barcelona, Grupo Difusión, 2004.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "La nueva ley de arbitraje (Ley 60/2003), de 23 de diciembre): consideraciones generales", en *La nueva Ley de arbitraje*, AA. VV. (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), Estudios de Derecho Judicial 102, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 297-364.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "Tres cuestiones sobre la acción de anulación del laudo", en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2007, pp. 497-505.

HINOJOSA SEGOVIA, R.: "El control del laudo: acciones de anulación y de revisión", en *Curso de derecho arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 215-235.

HOBÉR. K.: "The trailblazers v. the conservative crusaders, or why arbitrators should have the power to order ex parte interim relief", en *New horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2005.

HOBÉR. K.: "Interim measures by arbitrators", en *International arbitration 2006: back to basics?*, AA. VV. (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, 2007, pp. 721-741.

IMHOOS, C. y BOURQUE, J-F.: *Arbitration and alternative dispute resolution*, Geneve, International Trade Center, 2001.

ING LOONG Y.: "Provisional measures", en *50 years of the New York Convention*, AA. VV. (ed. JAN VAN DAN BERG, A.), ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, pp. 606-612.

INTERNATIONAL TRADE CENTRE.: *Arbitration and alternative dispute resolution how to settle international business disputes*, Geneva, 2005.

JAGUSCH, S.; SULLIVAN, J.: "A comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of divergence and Concern", en *The backlash against investment arbitration, perceptions and reality*, (eds. WAIBEL M.; KAUSHAL, A.; LIZ CHUNG, K-H.; BALCHIN, C.), AA. VV., The Netherlands, Wolters Kluwer, 2010, pp. 79-109.

JIMÉNEZ PLAZA, C.: *El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial*, Madrid, Iustel, 2005.

KARRER, P.: "Interim measures issued by Arbitral Tribunals and the Court: less theory, please", en *International arbitration and National Courts: the never ending story*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2001.

KERR, JR, J. J.; ROBINSON, T. B.; SMIT, R.H.; THOMAS, P. C. y WHITTAKER, J.: *Comparison of international arbitration rules*, 3.^a ed., New York, The international arbitration group of Simpson Thacher & Bartlett LLP, Juris Publishing, 2008.

KLEINHEISTERKAMP, J.: *International commercial arbitration in Latin America*, United State of America, Oceana Publications, Inc., 2005.

KLEINHEISTERKAMP, J.: "Medidas cautelares en el arbitraje. Una perspectiva comparatista", en *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

KLEINHEISTERKAMP, J.: "Medidas cautelares en el arbitraje. Una perspectiva comparatista", en *Derecho Económico Internacional*, Colec-

ción Estudios Jurídicos 26, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2006, pp. 151-165.

KOJOVIĆ, T.: "Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: How final is provisional", en *Journal of International Arbitration*, n.º 5, vol. 8, Kluwer Law International, 2001, pp. 511-532.

KURKELA, M. S. y SNELLMAN, H.: *Due Process in Internacional Comercial Arbitration*, 2.ª ed., United Status, Oceana Publications, 2010, pp. 65-91.

LAMM, C. B.; PHAM, H. T. y GIORGETTI, C.: "Interim measures and dismissal under the 2006 ICSID rules", en *The future of investment arbitration* (eds. ROGERS, C. A.; ALFORD, R. P.), AA. VV., United States of America, Oxford University Press, 2009, pp. 89-106.

LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

LEW, J.: "Commentary on interim and conservatory measures in ICC arbitration cases", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 11, n.º 1, Spring, 2000, pp. 23-30.

LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y KROLL, S. M.: *Comparative International Commercial Arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2003.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.: "Ejecución de laudos arbitrales", en *Revista de derecho y tribunales*, 2008, pp. 11-43.

LORCA NAVARRETE, A. M.: *Tratado de derecho de arbitraje*, 6.ª ed., Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.

LORCA NAVARRETE, A. M.: "Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente Ley de Arbitraje", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6005, año XXV, 2004, B. D.: [www.diariolaley.es].

LORCA NAVARRETE, A. M.: “¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 671, 2005, BIB 2005/1099, B. D.: [www.westlaw.es].

LORCA NAVARRETE, A. M.: “La ejecución del laudo arbitral en los supuestos en que se ha ejercitado acción de anulación ¿es definitiva o provisional?”, en *Diario La Ley*, n.º 6220, año XXVI, 2005, B. D.: [www.diariolaley.es].

LORCA NAVARRETE, A. M.: “Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI”, en *Diario La Ley*, n.º 6434, año XXVIII, ref. D-19, 2007, B. D.: [www.laleynexus.com].

LORCA NAVARRETE, A. M.: *La anulación del laudo arbitral*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008.

LORCA NAVARRETE, A. M.: “Las garantías del debido proceso de arbitraje”, en *Diario La Ley*, n.º 7111, año XXX, ref. D-42, 2009, B. D.: [www.laleynexus.com].

LORCA NAVARRETE, A. M.: *La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B.: “Tutela cautelar efectiva y medidas inaudita parte”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XVIII, n.º 754, 19 de junio de 2008, pp. 1-6.

MADRID, M. C. C.: “Medidas cautelares y arbitraje. Especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial”, en *Liber Amicorum Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001, pp. 87-117.

MAGRO SERVET, V.: “La adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral en la nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, en relación con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento

Civil", en *Diario La Ley*, n.º 6000, año xxv, 20 de abril de 2004, B. D.: [www.laleynexus.com].

MAGRO SERVET, V.: "Los juzgados de lo mercantil y su competencia en materia de arbitraje", en *Diario La Ley*, n.º 6034, año xxv, 7 de junio de 2004, B. D.: [www.laleynexus.com].

MAGRO SERVET, V.: "Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral en la Ley 60/2003", en *Diario La Ley*, año xxvii, n.º 6576, 24 de octubre de 2006, B. D.: [www.laley.es].

MALLANDRICH MIRET, N.: *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, Atelier, 2010.

MANTILLA-SERRANO, F.: "Colombia", en *Internacional arbitration in Latin America* (eds. BLACKABY, N.; LINDSEY, D.; SPINILLO, A.) Kluwer Law International, pp. 110-134.

MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, 2005.

MARBOE, I.: "Annulment of ICSID awards", en *Investment and commercial arbitration - similarities and divergences*, vol. 3 (eds. KNAHR, C.; KOLLER, C.; RECHBERGER, W.; REINISCH A.), The Netherlands, International Commerce and Arbitration, International Publishing, 2010, pp. 97-129.

MARCOS FRANCISCO, D.: "Las nuevas reformas proyectadas en materia de anulación y ejecución del laudo arbitral", en *Diario La Ley*, n.º 7546, Sección Doctrina, año xxxii, 13 de enero de 2011, La Ley 14827/2010, B. D.: [www.diariolaley.es].

MARCOS FRANCISCO, D.: "La resolución de litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios", en *Diario La Ley*, n.º 7624, año xxxii, ref. D-167, 2011, La Ley 5992/2011, B. D.: [www.diariolaley.es].

MARCOS FRANCISCO, D.: "Las garantías del arbitraje tras la reciente ley de reforma de la Ley arbitral", en *Actualidad Civil*, n.º 17, 2011, La Ley 15181/2011, B. D.: [www.diariolaley.es].

MARCOS FRANCISCO, D.: “Algunas reflexiones sobre las mayores garantías del arbitraje y la pérdida de garantías en la vía judicial a la luz de la nueva normativa proyectada”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 25, 2011, B. D.: [www.dialnet.uniroja.es].

MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, M.: “La potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España”, en *Aranzadi Civil*, n.º 13, 2009, BIB 2009/1780, B. D.: [www.westlaw.com].

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.: *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, P.: *El nuevo régimen del arbitraje*, Madrid, Bosch, 2011.

MARTÍN BRAÑAS, C.: “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, en *Foro Nueva época*, n.º 3, 2006, pp-113-157.

MARTÍN MARCHESINI, G.: “Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 10 de mayo de 2006. B. D.: [www.servilex.com.pe].

MARTÍN PASTOR, J.: *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*, Madrid, La Ley, 2007.

MAS TALADRIZ, J.: “Competencia de los árbitros. Medidas cautelares. Responsabilidad de los árbitros”, en *Curso de derecho arbitral* (dir. MERINO MERCHÁN, J. F.), AA. VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MERCHÁN ÁLVAREZ, A.: *El arbitraje estudio histórico jurídico*, n.º 43, Universidad de Sevilla, 1981.

MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J. M.: *Tratado de derecho arbitral*, 3.ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2006.

- MIRÓ GILI, M.: "La posible intervención del árbitro y/o la institución arbitral en el procedimiento de anulación del laudo", en *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa* (coords. MONTAÑA, M.; SELLARÉS, J.), Difusión Jurídica, 2011, pp. 247-275.
- MISTELIS, A. y BRECOULAKIS, S. L. (eds.), AA. VV.: *Arbitrability international & Comparative perspectives*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009.
- MODY, Z. y ARVIND, T. T.: "Redeeming Sisyphus: The need to invigorate interim relief in international commercial arbitration", en *International arbitration and National Courts: the never ending story*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2001.
- MOLINA CABALLERO, M. J.: *La congruencia en los laudos arbitrales*, Universidad de Málaga, 2002.
- MOLLER, G.: "On interim measures of protection and Finnish arbitration law", en *Intercontinental cooperation through private international law*, The Netherlands, Asser Press, 2004.
- MONDRAGÓN-LÓPEZ, O.: "Medidas cautelares ex-parte en arbitraje internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL", en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 10 de febrero de 2006. B. D.: [www.servilex.com.pe].
- MONROY CABRA, M. G.: *Derecho procesal civil*, parte general, 5.^a ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2001.
- MONTERO AROCA, J. (dir.), AA. VV.: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Editorial Civitas, 1990.
- MONTESINOS GARCÍA, A.: *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Navarra, Thomson Civitas, 2007.
- MORENO HELLÍN, J.: "Modificación y alzamiento de las medidas cautelares, caución sustitoria. Daños y perjuicios", en *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, AA. VV. (dir. MONTALBÁN AVILÉS, A.), Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII-2004, Consejo General del Poder Judicial, pp. 63-99.

MORENO MENDOZA, J.: "Las medidas cautelares y su aplicación en los procesos arbitrales", en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 29 de marzo de 2007, en B. D.: [www.servilex.com.pe].

MOSCARDÓ MORALES-VARA DE REY, M.: "Arbitraje V / Jurisdicción", en *Cuadernos de derecho judicial (ejemplar dedicado a: La sociedad litigiosa)*, n.º 13, 2007, pp. 305-336.

MUNNÉ CATARINA, F.: *El arbitraje en la Ley 60/2003: una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004.

MUÑOZ SABATÉ, L.: "Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral", en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 90, n.º 3, 1991, pp. 117-123.

MUÑOZ SABATÉ, L.: "Embargo preventivo y proceso arbitral", en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 92, n.º 3, 1993, pp. 199-201.

MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares en el arbitraje a la luz de la máxima *inclusio uniu, exclusio alterius*", en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 95, n.º 1, 1996, pp. 199-202.

MUÑOZ SABATÉ, L.: "Medidas cautelares y arbitraje en el anteproyecto de L.E.C", en *Presente y futuro del proceso civil*, AA. VV. (dir. PICO I JUNOY, J), Barcelona, Bosch, 1998.

MUÑOZ SABATÉ, L.: "Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española", en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 2, 2001, Barcelona, Bosch, pp. 9-30.

MUÑOZ SABATÉ, L.: "El arbitraje de apelación", en *Diario La Ley*, n.º 7053, año XXIX, ref. D-320, 2008, B. D.: [www.leynexus.com].

MUÑOZ SABATÉ, L.: *Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje*, Madrid, La Ley, 2011.

MURRAY, P.; LANGTON P. y LI, S.: "China", en *Arbitration World jurisdictional comparisons*, AA. VV. (Gnal ed. ROWLEY QC, J. W.), 3.ª ed., London, The European Lawyer Reference, 2010, pp. 233-253.

- NAVARRO PALACIOS, M.: “Medidas cautelares y arbitraje”, en *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, xxii Jornadas de Estudio, 20, 21 y 22 de septiembre de 2000, Madrid, Ministerio de Justicia, Santander Central Hispano, 2002.
- NIEVA FENOLL, J.: “Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral”, en *Jurisdicción y Proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 935-952.
- NISIMBLAT, N.: “Comentarios a la Ley 1194 del 9 de mayo de 2008. Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Civil y se dictan otras disposiciones”, en [<http://nisimblat.net/art%C3%ADculosescritos2.html>].
- ORDEÑANA GEZURAGA, I.: “El arbitraje de consumo electrónico... eficaz gracias a la jurisdicción”, en *Diario La Ley*, n.º 7243, año xxx, ref. D-288, 17 de septiembre de 2009, La Ley 14032/2009, B. D.: [www.diariolaley.es].
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: “Comentario al artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Características de las medidas cautelares”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. CORDÓN MORENO, F.), Pamplona, Aranzadi, 2001.
- OROZCO PARDO, G. y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: “El arbitraje de consumo”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ-MONTES, J. L.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 431-497.
- ORTEGO PÉREZ, F.: “La tutela cautelar en el arbitraje”, en *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005, pp. 77-110.
- ORTEGO PÉREZ, F.: “Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2005, pp. 207-232.
- ORTEGO PÉREZ, F.: “La consolidación de la tutela cautelar en el arbitraje”, en *Iuris*, n.º 107, 2006, pp. 57-60.

- ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, Madrid, La Ley, 2000.
- ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, Comares, 1996.
- ORTIZ PRADILLO, J. C.: “La tutela cautelar en el arbitraje”, en *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 15, 2005, pp. 18-29.
- ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, 2006.
- ORTIZ PRADILLO, J. C.: “A vueltas con el ofrecimiento de caución en la solicitud de medidas cautelares”, en *Diario La Ley*, n.º 7350, año XXI, ref. D-60, 2010, B. D.: [www.leynexus.com].
- OSSA GUZMÁN, F.: “La jurisdicción cautelar en el arbitraje comercial internacional”, en *Estudios de Arbitraje libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, AA. VV. (coord. PICAND ALBÓNICO, E.), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 655-673.
- OTERO ÁLVAREZ, L.: “Medidas cautelares: ¿de la taxatividad al poder cautelar general?”, en *Temas vigentes en materia de derecho procesal homenaje al profesor Hernando Hernández Molina*, Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- OTERO LASTRES, J. M.: “El derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva”, en *Abogados*, febrero, 2007, pp. 52-55. B. D.: [www.abogados.es/portalABOGADOS/home.do].
- PALACIO, L. E.: *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del laudo arbitral*, Pamplona, Civitas, 2010.
- PARDO IRANZO, V.: “Valoración crítica de la reforma del proceso de ejecución del laudo arbitral”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 26, Iustel, 2012, B. D.: [www.dialnet.uniroja.es].

- PAVIC, V.: "Annulment of arbitral awards in international commercial arbitration", en *Investment and commercial arbitration - similarities and divergences*, vol. 3 (eds. KNAHR, C.; KOLLER, C.; RECHBERGER, W.; REINISCH A.), The Netherlands, International Commerce and Arbitration, International Publishing, 2010, pp. 131-152.
- PELAYO JIMÉNEZ, R.: "Arbitraje: consecuencias de la anulación del laudo dictado, en el denominado 'contrato de arbitraje'", en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 2007, pp. 731-743.
- PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- PERALES VISCASILLAS, P.: "Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI", en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 106, n.º 2, 2007.
- PÉREZ CONESA, C.: "Reforma de la Ley de Arbitraje introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 5, 2011, B. D.: [www.westlaw.com] (BIB 2011 / 1117).
- PÉREZ DAUDÍ, V.: "La excesiva importancia del *periculum in mora* para la adopción de las medidas cautelares", en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, n.os 3-4, 2007, pp. 170-171.
- PÉREZ GINÉS, C. A.: "Naturaleza jurídica de las medidas cautelares", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 30, enero-junio 2010, pp. 11-32.
- PÉREZ MARTELL, R.: *El arbitraje en el contrato de franquicia*, Madrid, DIJUSA, 2006.
- PÉREZ RAGONE, A. y ORTIZ PRADILLO, J. C.: *Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2006.
- PICÓ I JUNOY, J.: "El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales", en *Diario La Ley*, n.º 6198, año xxvi, 25 de febrero 2005, B. D.: [www.diariolaley.es].

PIERALLI, A.: "La reforma del arbitraje en Italia: principales novedades comparadas con la ley española n.º 60/2003 de arbitraje", en *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º 9, 2008, pp. 81-118.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Tratado de derecho Procesal Civil*, t. II, 2.ª ed., Editorial Aranzadi, 1985.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.; GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO, F.; FAIRÉN GUILLÉN, V.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E. y otros: *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1974.

RAMOS ROMEU, F.: *Las medidas cautelares civiles análisis jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2006.

RAMOS ROMEU, F.: "Los presupuestos procesales y la tutela cautelar", en *Diario La Ley*, n.º 6538, año XXVII, ref. D-184, 2 de agosto de 2006, B. D.: [www.leynexus.com].

REYNAL QUEROL, N.: "Las cuestiones prejudiciales en el arbitraje", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 19, n.º 2, 2007, pp. 173-203.

REMÓN PEÑALVER, J.: "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas", en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, (coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4219-4250.

RIVES SEVA, J. M.: "Ejecución provisional de laudos arbitrales", en *Práctica de Tribunales*, n.º 21, 2005, pp. 46-47.

ROSENNE, S.: *Provisional measures in International law. The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2005.

- ROWLEY QC, J. W. (Gnal ed.), AA. VV.: *Arbitration World jurisdictional comparisons*, 3.ª ed., London, The European Lawyer Reference, 2010.
- RUBINO-SAMMARTANO, M.: *International arbitration, law and practice*, 2.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2001.
- RUEDA GARCÍA, J. A.: *Las medidas cautelares en el arbitraje de inversiones*, Tesis dirigida por JIMENEZ PIERNAS, C., Universidad Alcalá de Henares, julio 2009.
- RUIZ GONZÁLEZ, M. A.: “La inseguridad del arbitraje en España”, en *Diario La Ley*, n.º 7823, año XXXIII, 2012, La Ley, B. D.: [www.diariolaley.es] (2657/2012).
- RUIZ JIMÉNEZ, J. A.: “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la LEC 1/2000”, en *Cuestiones de práctica judicial relativas a la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2.ª reimp., San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.
- RUIZ MORENO, J. M.: “El control *ex officio iudicis* de la validez del laudo de consumo en el proceso de ejecución: una práctica errónea de las Audiencias Provinciales que ahora confirma la sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* del TJUE”, en *Diario La Ley*, n.º 7578, año XXXII, La Ley 2628/2011, B. D.: [www.diariolaley.es].
- SALCEDO VERDUGA, E.: *El arbitraje: la justicia alternativa*, Guayaquil, Editorial Jurídica Miguel Mosquera, 2001.
- SÁNCHEZ POS, M. V.: “La nueva oficina judicial y el arbitraje (modificación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial)”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2010, B. D.: [www.westlaw.es], BIB/2010/824.
- SÁNCHEZ POS, M. V.: “La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje”, en *Diario La Ley*, n.º

- 7707, año XXXII, 3 de octubre de 2011, La Ley 15517/2011, B. D.: [www.diariolaley.es] (La Ley 15517/2011).
- S. A.: “La anulación del laudo arbitral en la ley de 23 de diciembre de 2003, de arbitraje”, en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, n.º 1, 2005.
- SENÉS MOTILLA, C.: *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, Madrid, La Ley, 2000.
- SENÉS MOTILLA, C.: *La intervención judicial en el arbitraje*, Navarra, Thomson Civitas, 2007.
- SENÉS MOTILLA, C.: “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves* (coord. GONZÁLEZ MONTES, J. L.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 283-320.
- SILVA ROMERO, E. (dir.), AA. VV.: *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Universidad del Rosario, Legis, 2005.
- STALEV, Z.: “Interim measures of protection in the context of arbitration”, en *International arbitration in a changing world*, The Netherlands, Kluwer Law, 1994.
- STAMPA CASAS, G.: “El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares”, en *La nueva Ley de arbitraje*, AA. VV. (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), Estudios de Derecho Judicial 102, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 177-198.
- STAMPA CASAS, G.: “La reforma de la Ley de arbitraje”, en *Diario La Ley*, n.º 7725, año XXXII, 2011, La Ley, B. D.: [www.diariolaley.es] (La Ley 17409/2011).
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: “El juez de control del arbitraje: anulación y revisión del laudo”, en *La nueva Ley de arbitraje*, AA. VV. (dir. FERNÁNDEZ ROZAS, C.), Estudios de Derecho Judicial 102, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 199-244.

- TALERO RUEDA, S.: *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, Bogotá, Universidad de los Andes, Temis, 2008.
- TAO, H.: "China", en *International Commercial Dispute Resolution*, AA. VV. (ed. WARNE, J.), Great Britain, Tottel Publishing, 2009, pp. 155-179.
- TORRALBA SORIANO, V. y TORRALBA MENDIOLA, M.: "La Ley Española de Arbitraje y las medidas cautelares: cuestiones prácticas", en *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa* (coords. MONTAÑA, M. y SELLARÉS, J.), Difusión Jurídica, 2011, pp. 437-463.
- URIBE-BERNATE, C. L.: "La práctica del arbitraje internacional en Colombia", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, AA. VV. (coord. KLEIN-HEISTERKAMP, J., LORENZO IDIARTE, G. A.), Uruguay, Max-Planck-Institut, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 700-718.
- VALDIVIA GONZÁLEZ, F. C.: "Las medidas cautelares en el artículo 1.428 LEC", en *Manual práctico de medidas cautelares (procesos constitucional, ordinarios y especiales)*, AA. VV. (coord. COLLADO GARCÍA-LAJARA.E.), Granada, 2000, pp. 116-127.
- VAN HOUTE, H.: "Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration", en *Arbitration International*, vol. 20, Kluwer Law International, 2004, pp. 85-95.
- VELÁSQUEZ G., J. G.: *Los procesos civiles, comerciales y de familia*, 6.^a ed., Medellín, Señal editora, 2000.
- VERDERA Y TUELLS, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2005.
- WIRTH, M.: "Interim or preventive measures in support of international arbitration in Switzerland", en *Bulletin 1*, Swiss Arbitration Association, 2000, pp. 40-41.

YÁÑEZ VELASCO, R. y ESCOLÁ BESORA, M.: *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, B. D.: Tirant on line, TOL506.115.

YESILIRMAK, A.: "Interim and Conservatory measures in ICC arbitral practice", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 11, n.º 1, Spring, 2000, pp. 31-36.

YESILIRMAK, A.: *Provisional measures in international commercial arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2005.

PÁGINAS WEB DE INTERÉS

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

[www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985_Model_arbitration.html].

Sistema de Información sobre Comercio Exterior (Organización de Estados Americanos) [www.sice.oas.org/DEFAULT_S.ASP].

Internacional Chamber of Commerce [www.iccwbo.org/].

American Arbitration Association [www.adr.org/].

Chinese European Arbitration Centre [www.ceac-arbitration.com/].

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce [www.sccinstitute.com/].

The London Court of International Arbitration [www.lcia.org/].

International Centre for Settlement of Investment Disputes [<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>].

ADR Resources [<http://aryme.com/>].

Kluwer Arbitration [<http://kluwerarbitration.com/>].

Westlaw [<http://westlaw.es>].

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá [www.cacccb.org.co/portal/default.aspx].

JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Constitucional

ATC (Sala primera) n.º 259/1993, de 20 de julio.

ATC (Sala primera) n.º 326/1993, de 28 de octubre.

STC (Sala primera) n.º 136/2010, de 2 de diciembre.

2. Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Civil) n.º 4499/ 1979, 31 de diciembre.

STS (Sala de lo Civil), n.º 1106/2002 de 14 noviembre.

ATS (Sala de lo Civil) (secc. 1) RJ 2006/1881, de 21 de febrero.

ATS (Sala de lo Civil) (secc. 1) n.º 13/2006, de 10 de marzo, RJ 2006/2306.

ATS (Sala de lo Civil) (secc. 1) RJ 2009/6499, de 15 de septiembre.

ATS (Sala de lo Civil) (secc. 1) RJ 2011/6298, de 6 de septiembre.

ATS (Sala de lo Civil) (secc. 1) Recurso de Casación n.º 567/2011, de 7 de febrero.

3. Tribunales Superiores de Justicia

ATSJ de Cataluña, Sala Civil y Penal, n.º 7/2011, de 20 de enero.

ATSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, n.º 21/2011, de 14 de marzo.

ATSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal (secc. 1), n.º 127/2011, de 17 de noviembre.

ATSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, n.º 185/2010, de 25 de noviembre.

ATSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, n.º 44/2010, de 3 de noviembre.

STSJ del País Vasco, Sala de lo Civil y de lo Penal (secc. 1), recurso de casación n.º 10/2011, de 14 de diciembre.

4. Audiencias Provinciales

AAP de Castellón (secc. 3) n.º 322/2006, 23 de junio.

SAP de A Coruña (secc. 4) n.º 96/2007, de 22 de febrero.

SAP de A Coruña (secc. 6) n.º 324/2008, de 15 de septiembre.

AAP de A Coruña (secc. 4) n.º 145/2010, de 1 de diciembre.

AAP de Álava (secc. 1) n.º 36/2010, de 26 de marzo.

SAP de Albacete (secc. 1) n.º 68/2005, de 10 de marzo.

AAP de Albacete (secc. 2) n.º 67/2010, de 2 de diciembre.

SAP de Alicante (secc. 8) n.º 91/2007, de 8 de marzo.

AAP de Alicante (secc. 5) n.º 63/2007, de 21 de marzo.

SAP de Almería (secc. 3) n.º 177/2006, de 2 de noviembre.

AAP de Almería (secc. 2) n.º 57/2011, de 15 de julio.

SAP de Asturias (secc. 1) n.º 260/2007, de 12 de junio.

SAP de Asturias (secc. 7) n.º 690/2008, de 29 de diciembre.

SAP de Asturias (secc. 7) n.º 198/2010, de 23 de abril.

SAP de Asturias (secc. 7) n.º 429/2010, de 13 de octubre.

SAP de Asturias (secc. 7) n.º 39/2011, de 4 de febrero.

AAP de Barcelona (secc. 11) n.º 1073/2002, de 5 de julio.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 208/2004, del 3 de diciembre.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 218/2004, del 13 de diciembre.

AAP de Barcelona (secc. 12) n.º 102/2004, de 7 de mayo.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 71/2005, de 16 de marzo.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 126/2005, de 16 de junio.

AAP de Barcelona (secc. 16) n.º 176/2006, de 20 de septiembre.

AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 101/2007, de 24 de abril.

SAP de Barcelona (secc. 14) n.º 119/2008, de 21 de febrero.

SAP de Barcelona (secc. 15) n.º 429/2008, de 27 de noviembre.

AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 14/2009, de 22 de enero.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 44/2009, de 9 de febrero.

AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 77/2009, de 12 de marzo.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 88/2009, de 30 de abril.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 124/2009, de 29 de junio.

SAP de Barcelona (secc. 15) n.º 238/2009, de 8 de julio.

AAP de Barcelona (secc. 1) n.º 233/2009, de 3 de noviembre.

SAP de Barcelona n.º 55/2010, de 4 de marzo.

SAP de Barcelona (secc. 15) n.º 97/2010, de 7 de abril.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 66/2010, de 22 de abril.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 190/2010, de 13 de diciembre.

AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 14/2011, de 14 de febrero.

AAP de Barcelona (secc. 18) n.º 65/2011, de 17 de marzo.

AAP de Barcelona (secc. 4) n.º 54/2011, de 30 de marzo.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 45/2011, de 12 de abril.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 50/2011, de 26 de abril.

AAP de Barcelona (secc. 11) n.º 119/2011, de 24 de mayo.

AAP de Barcelona (secc. 13) n.º 118/2011, de 18 de julio.

AAP de Barcelona (secc. 15) n.º 130/2011, de 20 de julio.

SAP de Burgos (secc. 3) n.º 139/2004, de 2 de abril.

AAP de Burgos (secc. 3) n.º 46/2008, de 1 de febrero.

AAP de Cádiz (secc. 5) n.º 86/2009, de 8 de junio.

AAP de Cáceres (secc. 1) n.º 178/2009, de 4 de noviembre.

- SAP de Cantabria (secc. 2) n.º 45/2010, de 20 de enero.
- AAP de Castellón (secc. 4) n.º 267/2007, de 4 de junio.
- AAP de Castellón (secc. 3) n.º 402/2007, de 18 de septiembre.
- AAP de Castellón (secc. 3) n.º 170/2010, de 24 de septiembre.
- SAP de Castellón (secc. 3) n.º 12/2010, de 28 de enero.
- AAP de Ciudad Real (secc. 2) n.º 13/2008, de 5 de febrero.
- AAP de Cuenca (secc. 1) n.º 14/2008, de 25 de marzo.
- AAP de Girona (secc. 2) n.º 53/2011, de 30 de marzo.
- AAP de Girona (secc. 2) n.º 73/2011, de 2 de mayo.
- AAP de Granada (secc. 5) n.º 89/2011, de 19 de julio.
- AAP de Guadalajara (secc. 1) n.º 1/2010, de 19 de octubre.
- AAP de Guadalajara (secc. 1) n.º 1/2010, de 9 de noviembre.
- AAP de Guipúzcoa (secc. 2) n.º 2026/2007, de 8 de marzo.
- AAP de Guipúzcoa (secc. 3) n.º 100/2010, de 15 de octubre.
- AAP de Guipúzcoa (secc. 2) n.º 299/2010, de 18 de octubre.
- AAP de Guipúzcoa (secc. 3) n.º 101/2010, de 22 de octubre.
- AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 29/2005, de 28 de febrero.
- AAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 32/2006, de 13 de febrero.
- AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 72/2008, de 11 de junio.
- SAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 303/2008, de 1 de octubre.

AAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 86/2009, de 18 de mayo.

AAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 136/2009, de 21 de julio.

AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 87/2010, de 6 de mayo.

AAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 101/2010, de 8 de julio.

SAP de Islas Baleares (secc. 3) n.º 455/2010, de 22 de noviembre.

AAP de Islas Baleares (secc. 5) n.º 102/2011, de 13 de septiembre.

AAP de Jaén (secc. 3) n.º 75/2007, de 23 de octubre.

AAP de Jaén (secc. 2) n.º 7/2011, de 25 de enero.

SAP de Las Palmas (secc. 5) n.º 4/2006, de 16 de enero.

AAP de Las Palmas (secc. 4) n.º 141/2008, de 30 de junio.

AAP de Las Palmas (secc. 4) n.º 55/2009, de 10 de marzo.

SAP de Las Palmas (secc. 4) n.º 111/2009, de 23 de marzo.

SAP de Las Palmas (secc. 5) n.º 238/2010, de 17 de mayo.

AAP de Las Palmas (secc. 4) n.º 189/2010, de 25 de junio.

AAP de Las Palmas (secc. 4) n.º 192/2010, de 5 julio.

AAP de Las Palmas (secc. 5) n.º 116/2011, de 30 de junio.

SAP de La Rioja (secc. 1) n.º 251/2006, de 31 de julio.

AAP de La Rioja (secc. 1) n.º 12/2008, de 15 de febrero.

SAP de La Rioja (secc. 1) n.º 161/2009, de 12 de mayo.

AAP de La Rioja (secc. 1) n.º 62/2009, de 5 de junio.

AAP de La Rioja (secc. 1) n.º 30/2011, de 28 de marzo.

AAP de Lleida (secc. 2) n.º 47/2007, de 6 de marzo.

AAP de Lleida (secc. 2) n.º 195/2007, de 3 de diciembre.

AAP de León (secc. 1) n.º 261/2007, de 25 de septiembre.

SAP de Madrid (secc. 10) n.º 436/2004, de 15 de marzo.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 460/2004, de 2 de junio.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 524/2004, de 29 de junio.

SAP de Madrid (secc. 18) n.º 593/2004, de 5 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 21) n.º 318/2004, de 23 de diciembre.

SAP de Madrid (secc. 12) n.º 44/2005, de 1 de febrero.

AAP de Madrid, (secc. 14) n.º 185/2005, de 9 de mayo.

AAP de Madrid (secc. 10) n.º 186/2005, de 6 de junio.

AAP de Madrid (secc. 12) n.º 345/2005, de 5 de julio.

SAP de Madrid (secc. 19) n.º 335/2005, de 12 de julio.

AAP de Madrid (secc. 21) n.º 353/2005, de 12 de julio.

SAP de Madrid (secc. 14) n.º 616/2005, de 20 de septiembre.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 424/2005, de 30 de septiembre.

SAP de Madrid (secc. 14) n.º 834/2005, de 30 de noviembre.

AAP de Madrid (secc. 11) AC, de 2005.

AAP de Madrid (secc. 21) n.º 16/2006, de 11 de enero.

AAP de Madrid (secc. 19) n.º 72/2006, de 8 de marzo.

SAP de Madrid (secc. 12) n.º 178/2006, de 22 de marzo.

SAP de Madrid (secc. 14) n.º 325/2006, de 30 de mayo.

AAP de Madrid (secc. 19) n.º 224/2006, de 12 de septiembre.

AAP de Madrid (secc. 19) n.º 225/2006, de 12 de septiembre.

AAP de Madrid (secc. 19) n.º 231/2006, de 12 de septiembre.

AAP de Madrid (secc. 25) n.º 16/2007, de 26 de enero.

SAP de Madrid (secc. 12) n.º 137/2007, de 1 de marzo.

AAP de Madrid (secc. 20) n.º 112/2007, de 2 de abril.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 103/2007, de 11 de abril.

AAP de Madrid (secc. 11) n.º 412/2007, de 26 de abril.

AAP de Madrid (secc. 12) n.º 308/2007, de 16 de mayo.

AAP de Madrid (secc. 12) n.º 369/2007, de 5 de junio.

SAP de Madrid (secc. 18) n.º 371/2007, de 25 de junio.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 225/2007, de 15 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 25) n.º 204/2007, de 15 de octubre.

SAP de Madrid (secc. 14) n.º 685/2007, de 14 de diciembre.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 287/2007, de 14 de diciembre.

SAP de Madrid (secc. 14) n.º 685/2007, de 24 de diciembre.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 12/2007, de 27 de diciembre.

- AAP de Madrid (secc. 20) n.º 1/2008, de 8 de enero.
- AAP de Madrid (secc. 28) n.º 3/2008, de 10 de enero.
- SAP de Madrid (secc. 13) n.º 10/2008, de 16 de enero.
- AAP de Madrid (secc. 28) n.º 7/2008, de 16 de enero.
- AAP de Madrid (secc. 13) n.º 135/2008, de 16 de mayo.
- AAP de Madrid (secc. 11) n.º 198/2008, de 30 de mayo.
- SAP de Madrid (secc. 12) n.º 462/2008, de 17 de junio.
- SAP de Madrid (secc. 14) n.º 456/2008, de 15 de septiembre.
- AAP de Madrid (secc. 20) n.º 333/2008, de 28 de octubre.
- AAP de Madrid, (secc. 11) n.º 316/2008, de 6 de noviembre.
- SAP de Madrid (secc. 12) n.º 834/2008, de 25 de noviembre.
- AAP de Madrid (secc. 21) n.º 377/2008, de 10 de diciembre.
- AAP de Madrid (secc. 11) n.º 9/2009, de 16 de enero.
- SAP de Madrid (secc. 14) n.º 114/2009, de 3 de febrero.
- AAP de Madrid (secc. 12) n.º 57/2009, de 3 de febrero.
- SAP de Madrid (secc. 11) n.º 89/2009, de 27 de febrero.
- AAP de Madrid (secc. 28) n.º 49/2009, de 6 de marzo.
- AAP de Madrid (secc. 20) n.º 132/2009, de 13 de marzo.
- SAP de Madrid (secc. 10) n.º 194/2009, de 18 de marzo.
- AAP de Madrid (secc. 28) n.º 98/2009, de 8 de junio.

AAP de Madrid (secc. 19) n.º 161/2009, de 17 de junio.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 255/2009, de 22 de junio.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 198/2009, de 11 de septiembre.

AAP de Madrid (secc. 19) n.º 211/2009, de 21 de septiembre.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 364/2009, de 24 de septiembre.

AAP de Madrid (secc. 28) n.º 166/2009, de 5 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 28) n.º 171/2009, de 15 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 10) n.º 377/2009, de 29 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 28) n.º 208/2009, de 11 de diciembre.

SAP de Madrid (secc. 10) n.º 23/2009, de 23 de diciembre.

SAP de Madrid (secc. 14) n.º 86/2010, de 9 de febrero.

SAP de Madrid (secc. 25) n.º 102/2010, de 19 de febrero.

SAP de Madrid (secc. 12) n.º 124/2010, de 23 de febrero.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 62/2010, de 1 de marzo.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 267/2010, de 30 de marzo.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 157/2010, de 4 de junio.

AAP de Madrid (secc. 11) n.º 142/2010, de 11 de junio.

AAP de Madrid (secc. 8) n.º 177/2010, de 28 de junio.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 526/2010, de 30 de junio.

AAP de Madrid (secc. 8) n.º 180/2010, de 19 de julio.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 624/2010, de 22 de septiembre.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 213/2010, de 14 de octubre.

SAP de Madrid (secc. 9) n.º 498/2010, de 20 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 20) n.º 273/2010, de 20 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 9) n.º 234/2010, de 21 de octubre.

SAP de Madrid (secc. 21) n.º 496/2010, de 26 de octubre.

AAP de Madrid (secc. 20) n.º 279/2010, de 29 de octubre.

SAP de Madrid (secc. 11) n.º 181/2010, de 16 de noviembre.

AAP de Madrid (secc. 11) n.º 222/2010, de 22 de noviembre.

SAP de Madrid (secc. 25) n.º 582/2010, de 26 de noviembre.

AAP de Madrid (secc. 21) n.º 377/2010, de 10 de diciembre.

AAP de Madrid (secc. 10) n.º 35/2011, de 26 de enero.

SAP de Madrid (secc. 8) n.º 44/2011, de 4 de febrero.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 21/2011, de 14 de febrero.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 27/2011, de 16 de febrero.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 32/2011, de 23 de febrero.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 28/2011, de 23 de febrero.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 39/2011, de 28 de febrero.

AAP de Madrid (secc. 8) n.º 51/2011, de 14 de marzo.

AAP de Madrid (secc. 11) n.º 81/2011, de 22 de marzo.

AAP de Madrid (secc. 11) n.º 120/2011, de 30 de marzo.

AAP de Madrid (secc. 9) n.º 94/2011, de 28 de abril.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 88/2011, de 29 de abril.

AAP de Madrid (secc. 9) n.º 109/2011, de 16 de mayo.

AAP de Madrid (secc. 20) n.º 124/2011, de 19 de mayo.

AAP de Madrid (secc. 9) n.º 113/2011, de 23 de mayo.

AAP de Madrid (secc. 8) n.º 103/2011, de 30 de mayo.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 110/2011, de 1 de junio.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 131/2011, de 3 de junio.

AAP de Madrid (secc. 13) n.º 126/2011, de 3 de junio.

AAP de Madrid (secc. 8) n.º 122/2011, de 6 de junio.

SAP de Madrid (secc. 12) n.º 424/2011, de 9 de junio.

AAP de Madrid (secc. 14) n.º 126/2011, de 15 de junio.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 129/2011, de 21 de junio.

AAP de Madrid (secc. 21) n.º 132/2011, de 21 de junio.

AAP de Madrid (secc. 25) n.º 125/2011, de 21 de junio.

AAP de Madrid (secc. 10) n.º 192/2011, de 24 de junio.

AAP de Madrid (secc. 18) n.º 119/2011, de 27 de junio.

AAP de Madrid (secc. 8) n.º 276/2011, de 27 de junio.

SAP de Madrid (secc. 10) n.º 339/2011, de 29 de junio.

- AAP de Madrid (secc. 18) n.º 127/2011, de 4 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 18) n.º 140/2011, de 5 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 8) n.º 150/2011, de 11 de julio.
- AAP de Madrid (secc.14) n.º 141/2011, de 12 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 11) n.º 195/2011, de 15 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 28) n.º 113/2011, de 18 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 14) n.º 156/2011, de 19 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 13) n.º 155/2011, de 20 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 11) n.º 205/2011, de 21 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 18) n.º 144/2011, de 27 de julio.
- AAP de Madrid (secc. 8) n.º 181/2011, de 19 de septiembre.
- AAP de Madrid (secc. 25) n.º 159/2011, de 19 de septiembre.
- AAP de Madrid (secc. 14) n.º 186/2011, de 27 de septiembre.
- SAP de Madrid (secc. 28) n.º 326/2011, de 11 de noviembre.
- AAP de Madrid (secc. 9) n.º 253/2011, de 7 de diciembre.
- SAP de Málaga (secc. 5) n.º 1380/2004, de 22 de diciembre.
- SAP de Málaga (secc. 5) n.º 946/2005, 19 de septiembre.
- SAP de Málaga n.º 315/2010, de 14 de junio.
- SAP de Murcia (secc. 4) n.º 274/2005, de 3 de noviembre.
- SAP de Murcia (secc. 4) n.º 89/2006, de 28 de marzo.

SAP de Murcia (secc. 3) n.º 242/2007, de 9 de octubre.

AAP de Murcia (secc. 5) n.º 33/2009, de 26 de mayo.

SAP de Pontevedra (secc. 4) n.º 325/1995, de 9 de noviembre.

SAP de Pontevedra (secc. 1) n.º 418/2006, 13 de julio.

AAP de Pontevedra (secc. 1) n.º 168/2006, de 28 de septiembre.

AAP de Pontevedra (secc. 6) n.º 211/2011, de 26 de septiembre.

SAP de Santa Cruz de Tenerife (secc. 4) n.º 66/2007, de 14 de febrero.

AAP de Santa Cruz de Tenerife (secc. 4) n.º 105/2010, de 16 de junio.

AAP de Santa Cruz de Tenerife (secc. 3) n.º 154/2011, de 19 de julio.

AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 69/2008, de 24 de marzo.

AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 83/2008, de 4 de abril.

AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 182/2008, de 16 de septiembre.

AAP de Sevilla (secc. 5) n.º 60/2010, de 3 de marzo.

AAP de Sevilla (secc. 6) n.º 262/2011, de 19 de julio.

AAP de Tarragona (secc. 1) n.º 445/2003, de 26 de marzo de 2004.

SAP de Tarragona (secc. 3) n.º 235/2009, de 3 de julio.

SAP de Tarragona (secc. 1) n.º 58/2010, de 4 de febrero.

AAP de Toledo (secc. 1) n.º 42/2002, de 24 de mayo.

AAP de Toledo (secc. 2) n.º 67/2010, de 29 de marzo.

AAP de Valencia (secc. 9) n.º 354/2005, 11 de octubre.

AAP de Valencia (secc. 11) n.º 140/2006, de 26 de mayo.

AAP de Valencia (secc. 11) n.º 2/2007, de 10 de enero.

SAP de Valencia (secc. 7) n.º 435/2008, de 14 de julio.

SAP de Valencia n.º 72/2010, de 2 de marzo.

SAP de Valencia (secc. 7) n.º 280/2010, de 26 de mayo.

SAP de Valencia (secc. 11) n.º 630/2010, de 23 de diciembre.

SAP de Valencia (secc. 7) n.º 673/2010, de 27 de diciembre.

AAP de Valencia (secc. 9) n.º 181/2011, de 9 de mayo.

AAP de Valencia (secc. 7) n.º 87/2011, de 8 de junio.

SAP de Valencia (secc. 8) n.º 539/2011, de 20 de octubre.

SAP de Valladolid (secc. 1) n.º 49/2006, de 9 de febrero.

SAP de Valladolid (secc. 1) n.º 155/2009, de 15 de junio.

SAP de Valladolid (secc. 1) n.º 205/2010, de 2 de julio.

AAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 98/2007, de 5 de febrero.

SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 833/2007, de 27 de diciembre.

SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 99/2009, de 12 de febrero.

SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 82/2010, de 29 de enero.

SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 366/2010, de 12 de mayo.

SAP de Vizcaya (secc. 4) n.º 445/2011, de 16 de junio.

AAP de Zamora (secc. 1) n.º 19/2007, de 8 de marzo.

SAP de Zamora (secc. 1) n.º 167/2007, 30 de julio.

AAP de Zamora (secc. 1) n.º 11/2011, de 10 de febrero.

AAP de Zaragoza (secc. 5) n.º 328/2008, 6 de junio.

AAP de Barcelona (secc. 14), de 17 de octubre.

AAP de Barcelona (secc. 14), 25 de febrero.

AJM n.º 5 de Barcelona, del 11 de noviembre de 2008.

AJPI n.º 4 de Marbella, del 29 de septiembre de 2004.

AJPI n.º 21 de Madrid, del 20 de febrero de 2008.

AJM n.º 3 de Madrid, n.º 108/2006, 29 de marzo.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en agosto de 2013

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 70 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

